DAS UNTERDRÜCKEN WAHRER TATSACHEN ALS MITTEL DER VERÜBUNG EINES BETRUGES.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE

WELCHE MIT GENEHMIGUNG

DER HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

VEREINIGTEN FRIEDRICHS-UNIVERSITÄT

HALLE-WITTENBERG

ZUGLEICH MIT DEN ANGEHÄNGTEN THESEN

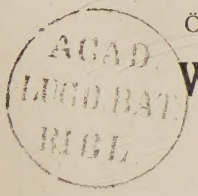
AM MITTWOCH 11. AUGUST 1909, NACHMITTAGS 5 UHR

ÖFFENTLICH VERTEIDIGEN WIRD

WERNER KUESSNER

REFERENDAR

IN HALLE a. S.



OPPONENTEN:

HERR REFERENDAR HANS HANNIG IN HALLE A. S.

HERR REFERENDAR CARL WIEGERT IN HALLE A. S.

HALLE a. S.

HOFBUCHDRUCKEREI VON C. A. KAEMMERER & Co.

1909.

Meiner Mutter!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548112_0061

Literaturverzeichnis.

Aldosser: Inwieferne können durch Unterlassungen strafbare Handlungen begangen werden? München 1882.

v. Bar: Die Lehre vom Kausalzusammenhange. Leipzig 1871.

— Zur Lehre von der Kulpa und dem Kausalzusammenhang im Straf- und Zivilrecht in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. 4.

Bauer: Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft. Göttingen 1827.

Berner: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. 1898.

Beseler: Kommentar zum Preussischen Strafgesetzbuch. 1851.

Binding: Handbuch des deutschen Strafrechts. Bd. 1. 1885.

— Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. 1902, 1904/5.

— Die Normen und ihre Übertretung. Leipzig 1872 u. 1877.

Birkmeyer: Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang. G. S. Bd. 37.

Boyé: Über das Kommissivdelikt durch Unterlassung. Diss. Erlangen 1893.

Bruch: Zur Lehre von der Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Strafrecht. 1885.

v. Brünneck: Die herrschende Kausalitätstheorie. Diss. Halle 1897.

v. Buri: Über Begehung von Verbrechen durch Unterlassung. G. S. Bd. 27.

— Zur Kausalitätsfrage. G. S. Bd. 29.

— II. Unterlassung. G. S. Bd. 56.

v. Buri: Über die Kausalität der Unterlassung in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. 1. Berlin und Leipzig 1881.

Graf zu Dohna: Die Rechtswidrigkeit. 1905.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Escher: Die Lehre vom strafbaren Betruge und der Fälschung. 1840.

Finger: Lehrbuch des deutschen Strafrechtes. Berlin 1904.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. Leipzig 1901 und 3. Aufl.

Friedsam: Der Begriff Tatsache. Diss. München 1893.

Geyer: Grundxiss zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. 1884/5.

Glaser: Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht. 1. Bd. Wien 1858.

Goltdammer: Materialien zum Strafgesetzbuch für Preussen. Berlin 1852.

Gross: Der Raritätenbetrug. Berlin 1901.

Gryzieki: Studien über strafbaren Betrug. Leipzig 1870.

Guthmann: Die negativen Bedingungen. Diss. Giessen 1898.

Haager: Zur Lehre vom strafbaren Betruge insbesondere in Vertragsverhältnissen. G. S. Bd. 27.

Hälschner: Gemeines deutsches Strafrecht. 1881 u. 1887.

Haupt: Zur Lehre von den Unterlassungsdelikten in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. 2.

Henke: Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft. 1815.

Hold v. Ferneck: Die Rechtswidrigkeit. 1903.

Horn, A.: Erörterungen einiger strafrechtlicher Grundbegriffe vom Standpunkte der Wund'schen Psychologie aus. G. S. Bd. 53.

— Kausalitäts- und Wirkensbegriff, dessen empirische Feststellung und kriminalrechtliche Bedeutung. G. S. Bd. 54.

Heilbronner: Der Begriff Unterdrückung wahrer Tatsachen. München 1898.

Hrehorowicz: Grundfragen und Grundbegriffe des Strafrechtes. Dorpat 1860.

Janka: Das österreichische Strafrecht 1874.

— Zur Kausalitätsfrage in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. 9. Berlin 1889.

Kaehler: Die Rechtsstellung insbesondere die Auskunftspflicht des Dritten bei der Mobiliarzwangsvollstreckung. Diss. Rostock 1907.

Kohler: Studien aus dem Strafrecht. Bd. 1. Mannheim 1890.

Krug: Kommentar zu dem Strafgesetzbuche für das Königreich Sachsen. 1. Abt. Leipzig 1855.

Landsberg: Die sogenannten Kommissivdelikte durch Unterlassung im deutschen Strafrecht. Freiburg i. B. 1890.

Lehmann: Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht. München 1906.

Liepmann: Einleitung in das Strafrecht. 1900.

v. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 12.—13. Aufl. Berlin 1903, 16—17. Aufl. Berlin 1908.

— Deliktsobligationen in das Recht des B. G. B. in Einzeldarstellungen. VIII.

Luden: Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte. 2 Bde. Göttingen 1836 u. 1840.

Menge: Die Widerrechtlichkeit bei der Drohung. Diss. Göttingen 1906.

Merkel: In v. Holtzendorff Handbuch des deutschen Strafrechts. 1871/72, 1877.

— Kriminalistische Abhandlungen. Leipzig 1867.

Merkel, P.: Begehung durch Unterlassung. Dissertation. Göttingen 1895.

Meves: Die Strafgesetznovelle 1876.

Meyer: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 4. Aufl. Erlangen 1888.

Motive zum Entwurfe eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund.

Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch. 7. Aufl. Berlin 1906.

Oppenhoff: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl. 1901.

Ortmann: Artikel in v. Holtzendorffs Strafrechtszeitung. S. 465 ff. 1873.

— G. S. S. 439 ff. 1874.

— G. S. S. 209 ff. 1875.

— G. S. S. 173 ff. 1880.

Redslob: Die kriminelle Unterlassung. Diss. Strassburg 1906.

v. Rohland: Die strafbare Unterlassung. 1. Abt. Dorpat, Leipzig 1887.

Rommel: Der Betrug, strafrechtliche Studie. 1894.

Rubo: Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1879.

v. Rüdorf-Stenglein: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 4. Aufl. 1892.

Schlesinger: Vermögensbeschädigung beim Betruge. Diss. Erlangen 1897.

v. Sigwart: Der Begriff des Wollens und sein Verhältnis zum Begriff der Ursache. Tübingen 1879.

v. Schwarze: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 5. Aufl. 1884.

Schopenhauer: Preisschrift über die Freiheit des Willens. Ausg. Brasch II.

Stammler: Die Lehre vom richtigen Rechte. 1902.

— Artikel Vertrag im Handwörterbuch der Staatswissenschaften.

Stübel: Über den Tatbestand des Verbrechens. Wittenberg 1805.

Sturm: Die Kommissivdelikte durch Unterlassung und die Omissivdelikte. Kassel 1883.

Temme: Lehrbuch des Preussischen Strafrechts. Berlin 1853.

Traeger: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Mannheim 1904.

Weyl: System der Verschuldensbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuche. München 1905.

Ziebarth: Forstrecht. III. 1889.
Zimmermann: Beiträge zur Lehre vom Betruge. G. S. Bd. 29.
Zitelmann: Ausschluss der Widerrechtlichkeit im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 99.

Die übrige, sonst erschienene, Literatur, insbesondere Zeitschriften und Kommentare zum B. G. B., die sonst bei der Arbeit benutzt ist, ist an der betreffenden Stelle der Arbeit in den betreffenden Anmerkungen zitiert.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung: Gedankengang XIII

I. Der Begriff Tatsache 1

II. Der Begriff Unterdrücken 9

III. Die Kommissivdelikte durch Unterlassung . . . 15

A. Die Theorien, die die Kausalität der Unterlassung nachzuweisen suchen 17

1. Die Theorie Ludens 17

2. Die Theorien, die die Kausalität in vorhergegangenen Momenten nachzuweisen suchen 20

a) Die Theorie Krugs 20

b) „ „ Glasers 22

c) „ „ Merkels 25

d) „ „ v. Bars 26

3. Die Theorien, die die Kausalität in die Unterlassung selbst verlegen 28

a) Die Theorie v. Buris 28

b) „ „ Horns 31

c) „ „ Ortmanns 32

d) „ „ Hälschners 34

e) „ „ Bindings 35

f) „ „ Haupts 40

g) „ „ Kohlers 41

h) „ „ Landsbergs 42

B. Die nicht verursachende Unterlassung als selbstständiges Delikt 44

IV. Die Rechtswidrigkeit des Verschweigens 47
1. Verletzung im Gesetze ausdrücklich oder stillschweigend aufgestellter Pflichten . . . 47
2. Die Rechtswidrigkeit des Vertragsbruchs . 66
3. Das vorausgegangene schuldlose Handeln als Quelle der Rechtspflicht zu weiterer Tätigkeit 73

Gedankengang.

Die Arbeit will sich mit der in Wissenschaft und Rechtsprechung lebhaft umstrittenen Frage beschäftigen, wann durch Unterdrücken wahrer Tatsachen, insbesondere, ob durch ein Verschweigen ein Betrug begangen werden kann. Bei der Mannigfaltigkeit der Ansichten war ein eingehendes Prüfen der in Theorie und Praxis entwickelten Gedanken unumgänglich. Es ist davon abgesehen worden, eine historische Entwicklung vorwegzuschicken, einmal weil es methodisch falsch ist, historische Erörterungen voranzustellen, ohne die Begriffe erst zu entwickeln, dann ferner, weil den Verfasser nur das jetzt geltende Recht und nicht dessen historische Entwicklung interessierte.

Nach diesen Bemerkungen ergibt sich der Plan der Arbeit von selbst.

Es war in einem ersten Teile der Begriff Tatsache festzustellen, den die vorliegende Arbeit im wesentlichen im Sinne der herrschenden Lehre auffasst: Tatsache ist im Gegensatz zu Urteilen und Ansichten jedes bestimmte konkrete, der Gegenwart oder Vergangenheit angehörende Ereignis, Zustand oder Geschehnis, ohne Unterschied, ob es der Aussenwelt angehört oder im Innern des Menschen verborgen ist.

Nach dem Begriff Tatsache war der Begriff Unterdrücken zu entwickeln. Die Arbeit ist zu dem Ergebnis gelangt, dass sowohl Sprachgebrauch wie Zusammenhang der Deutung nicht im Wege stehen, dass ein Unterdrücken auch durch eine Unterlassung, ein Verschweigen, begangen werden kann. Freilich, ein jedes Verschweigen genügt

nicht, da es kein allgemein geltendes Recht auf Wahrheit gibt; es sind vielmehr die Vorschriften über die Kommissivdelikte durch Unterlassung dafür massgebend, wann ein Verschweigen den Tatbestand des § 263 R. St. G. B. erfüllen kann.

Die Lehre von den Kommissivdelikten durch Unterlassung war im dritten Teil der Arbeit vorzutragen. Bei der ausserordentlich zahlreich vertretenen Literatur ist dieser Teil der Arbeit der längste geworden, ohne dass er indess Anspruch darauf macht, erschöpfend die jedesmal entwickelten Gedanken zu erörtern. Dies war nicht nötig, weil fast jeder Autor eine eigene Theorie aufgestellt hat. Trotzdem sind fast alle Theorien erwähnt und systematisch eingegliedert.

Nach einer Vorausschickung der Theorie Ludens als der Theorie des Andershandelns wurden die Theorien erörtert, die die Kausalität der Unterlassung in den der Unterlassung vorangehenden Momenten nachzuweisen suchen. Sie vermengen jedoch ausnahmslos Schuld und Kausalität.

Auch die Theorien, die die Kausalität in die Unterlassung selbst verlegen, können als richtig nicht anerkannt werden. Die Unterlassung ist juristisch gleich Null und vermag keine Veränderung in der Aussenwelt hervorzubringen. Derselbe Vorwurf ist auch der Theorie Landsbergs zu machen, die in dem Satze gipfelt: „Wer zusieht, verursacht". Wenn sie auch für die Praxis im Ergebnis richtig ist und sich vor allem von dem Fehler einer Vermengung von Schuld und Kausalität freihält, so kann sie trotzdem aus den oben angegebenen Gründen nicht als richtig gelten.

Die Arbeit sieht davon ab, die Kausalität der Unterlassung nachzuweisen, sie steht auf dem Standpunkte, dass dies unmöglich ist. Im Anschluss an v. Liszt, R. Löning, Finger (im Prinzip) und andere fasst sie die nicht verursachende Unterlassung als selbständiges Delikt auf. Sie kommt zu der Formulierung, dass ein der Kausalität analoges Merkmal dadurch gewonnen wird, wenn man fragt:

können wir uns vorstellen, dass der Mensch hätte anders handeln können? Damit die Unterlassung in diesem Sinne dem Menschen zugerechnet werden kann, muss sie rechtswidrig sein. Es ist also zu fragen: konnte und musste der Mensch anders handeln?

Der vierte und letzte Teil der Arbeit beschäftigt sich mit der Frage, wann der Täuschende reden musste, mit andern Worten, wann sein Verschweigen rechtswidrig ist.

Davon ausgehend, dass unter rechtswidrig im Sinne des Gesetzes ein Verstoss gegen das objektive Recht zu verstehen ist, kommt er zu der Annahme, dass ein Verschweigen auf mehrfache Art rechtswidrig sein kann: Ein Reden oder Aufklären kann einmal ausdrücklich vom Recht befohlen sein, sei es speziell oder generell, wie z. B. aus B. G. B. § 826 ein Verbot, gegen die guten Sitten zu verstossen, abzuleiten ist, dann kann es auch stillschweigend im Gesetze begründet sein. Dadurch, dass das Gesetz ein Amt oder eine amtliche Stellung schafft, geht es stillschweigend von der Voraussetzung aus, dass derjenige, der das Amt oder die Stellung einnimmt, auch in seinem Sinne diese verwalten wird.

Ferner kann ein Vertrag eine Verpflichtung zum Handeln erzeugen. Dies folgt aus dem Zurückgehen auf den Grundgedanken des Rechtes. Einer ausdrücklich übernommenen Verpflichtung steht die konkludente Übernahme nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen gleich.

Die mehrfach in der Literatur vertretene Lehre, dass ein vorausgehendes Handeln, das eine Untätigkeit als pflichtwidrig erscheinen lässt, als Quelle der Rechtspflicht zu weiterer Tätigkeit angesehen werden kann, ist richtig. Fälle dieser Art scheiden jedoch für den Tatbestand des Betruges durch Verschweigen aus.

I. Der Begriff: „Tatsache".

§ 263 des Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 schliesst sich eng an § 241 des Preussischen Strafgesetzbuches vom 14. April 1851 an. Dieser lautet:

Wer in gewinnsüchtiger Absicht das Vermögen eines andern dadurch beschädigt, dass er durch Vorbringen falscher oder durch Entstellen oder Unterdrücken wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt, begeht einen Betrug.

Die Motive [1]) zum Entwurf eines Strafgesetzes für den Norddeutschen Bund heben diese enge Verwandtschaft hervor. Beide §§ enthalten den Begriff Tatsache,[2]) und zwar ist der Sinn und der Zusammenhang bei beiden derselbe. Der Begriff Tatsache, der für das Preussische Strafgesetzbuch massgebend ist, ist daher für das Reichsstrafgesetzbuch von Bedeutung. Von der Literatur über das Preussische Strafrecht ist in erster Linie Goltdammer[3]) zu erwähnen. Dieser führt aus, dass die allgemeinen, täuschenden Anpreisungen nicht zum Betruge in diesem Sinne gehören, sondern dass darunter nur die Versicherung bestimmter, angeblich vorhandener Eigenschaften fällt, welche, wenn sie Sachen betreffen, Gegenstand der Gewährleistung sein würden; ferner sei, da begrifflich Tatsache nur etwas Vergangenes oder Bestehendes sei, jede ausschliesslich in die Zukunft fallende Täuschung nicht Täuschung im Sinne des § 241 Pr. St. G. B. Er versteht also unter Tatsache im

1) 22. Abschnitt, S. 129.

2) Vgl. Beseler, Kommentar zum Pr. St. G. B. 1851 S. 461.

3) Materialien zum St. G. B. für Preussen, Berlin 1852 zu § 241, S. 542.

Sinne des § 241 Pr. St. G. B. etwas Reales und Bestimmtes, und zwar nur etwas Vergangenes und Gegenwärtiges.

Die führende Literatur zum R. St. G. B. steht im wesentlichen auf demselben Standpunkte.[1])

In der Literatur über § 263 R. St. G. B. lassen sich im wesentlichen drei Richtungen unterscheiden.

Merkel[2]) und v. Schwarze[3]) begreifen unter Tatsachen nur der Gegenwart angehörende Verhältnisse. Sie schliessen Vergangenes vom Tatsachebegriff aus.

Von Liszt versteht unter Tatsache im Gegensatze zu Urteilen, Meinungen und Ansichten alles, was der Gegenwart oder Vergangenheit, nicht aber, was der Zukunft angehört. Auch etwas Unmögliches kann als Tatsache hingestellt werden.[4])

Olshausen[5]) sagt über den Begriff Tatsache:[6]) Eine Tatsache — im objektiven Sinne — ist etwas Vorhandenes oder Geschehenes, d. h. alles, was der Gegenwart oder Vergangenheit, nicht aber, was der Zukunft angehört. Demnach kann nur das als Tatsache angesehen werden, was als vorhanden oder als gewesen (geschehen) nachweisbar ist.[7])

Die Ansicht, dass auch etwas Zukünftiges[8]) unter den Begriff Tatsache fällt, vertritt Binding.[9]) Derselbe führt aus,

---

1) Der Begriff Tatsache § 263 ist derselbe wie der der §§ 131, 186 R. St. G. B. Wenn Oppenhoff zu § 263 Nr. 39 das Gegenteil behauptet, so ist er den Beweis dafür schuldig geblieben.

2) In von Holtzendorffs Handbuch des Deutschen Strafrechts S. 753.

3) 5. Aufl. 1884 Nr. 12: Es gehören dazu nur der Gegenwart angehörige Verhältnisse.

4) S. 341. Ebenso auch Stenglein, Zeitschrift Bd. 15 S. 373: Etwas, was nach den Denkgesetzen nicht vorkommen kann.

5) Zu § 131 No. 2.

6) Ebenso vertreten diesen Standpunkt, nur hinsichtlich der Formulierung abweichend, Oppenhoff zu § 263 No. 39, Rüdorf-Stenglein zu § 263 No. 6, Frank zu § 263 II No. 1, Meyer S. 580.

7) Vgl. auch darüber Hälschner a. a. O., mit treffenden Bemerkungen darüber, dass etwas Zukünftiges nicht als Tatsache angesehen werden kann.

8) Vgl. auch Rommel, Der Betrug 1894 S. 18.

9) Binding S. 346 versteht auch Zukünftiges als Tatsachen, nämlich alles, was gewusst werden könne.

dass am 21. September jeden Jahres die Sonne fast genau um 6 Uhr auf- und untergehe, sei ebenso eine Tatsache, wie dass die Schwangerschaft mit dem 9. Monat endige. Wenn also ein Arzt, der die Schwangerschaft schon als 4 Monate bestehend erkannt habe, vorspiegele, die Entbindung werde in 7 Monaten erfolgen, dann spiegele er eine Tatsache vor. Binding gibt selbst zu, dass man auch sagen könne, der Arzt spiegele vor, dass die Schwangerschaft erst 2 Monat statt 4 Monat alt sei. Ferner wird hier die Schlussfolgerung aus einer Erfahrungstatsache vorgespiegelt; der Täuschende spiegelt vor, dass er von der Richtigkeit dieser Folgerung überzeugt sei. Auch Haager[1]) erkennt etwas Zukünftiges als Tatsache an. Er geht zum Beweise seiner Ansicht[2]) davon aus, dass er juristische Tatsachen mit Tatsachen gleich setzt.

Die übrige, sonst erschienene Literatur[3]) steht durchgängig auf dem Standpunkte, den von Liszt einnimmt.

Fasst man das Ergebnis, zu dem die vorgenannten Autoren gekommen sind, zusammen, so sieht man, dass darüber Einigkeit herrscht, dass Gegenwärtiges als Tatsache anzusehen ist. Nur darüber herrscht Streit, ob Vergangenes und Zukünftiges als Tatsache zu betrachten ist.

Aus der Zusammensetzung des Wortes: Tat-sache[4]) folgern wir, dass als Tatsache alles, was als Ereignis in die Wirklichkeit getreten ist, und alles, was wirklich vorhanden ist, zu verstehen ist. Das Wort „Tat“ bezeichnet etwas Gewordenes, in Erscheinung Getretenes; das Wort „Sache“ etwas jetzt Vorhandenes, Existierendes. In der Verbindung „Tatsache“ äussert jeder der beiden Begriffe — wie Friedsam und Heilbronner zutreffend ausführen — seinen ihm eigentümlichen Inhalt. Der Begriff des Vergangenen und des Gegenwärtigen fliessen in einander zusammen.

---

1) G. S. Bd. 27 S. 577 ff.
2) Vgl. dazu die Kritik bei Heilbronner S. 9 ff.
3) Vgl. dazu Friedsam, Der Begriff Tatsache. Diss. Münchsn 1893.
4) Vgl. Heilbronner S. 5.

Daraus folgt, dass etwas Zukünftiges, da es noch nicht in Erscheinung getreten und noch nicht existent ist, noch nicht als Tatsache zu bezeichnen ist.

Wir nehmen daher den Begriff Tatsache, so wie ihn die herrschende Meinung auffasst, für die vorliegende Arbeit an mit dem Zusatze, der sich nicht bei allen Autoren der gemeinen Meinung findet,[1]) dass im Sinne des Gesetzes damit etwas Bestimmtes Konkretes bezeichnet sein muss.[2])[3]) Diese Formulierung erscheint nach unserer Ansicht durchaus nötig, um dem Begriffe eine gewisse Einschränkung zu geben. Damit scheiden dann die Ansichten und Urteile aus mit der Einschränkung wiederum, dass sich unter der Form eines Urteils eine Behauptung verbergen kann.[4])

Das Preussische Obertribunal[5]) erkennt bisweilen auch Zukünftiges als Tatsache an; so hat es die Vorspiegelung, dass ein Trank das Vieh heilen werde, als Vorspiegelung etwas Zukünftigen angesehen. Unseres Erachtens ist diese Subsumption irrig, es wird etwas Gegenwärtiges vorgespiegelt, nämlich die Überzeugung des Täuschenden, dass dem Trank Heilkraft eigentümlich sei.[6]) Es handelt sich also um die Vorspiegelung einer gegenwärtig beim Täuschenden vorhandenen Überzeugung. Wir kommen also auch zu dem Ergebnis, dass im vorliegenden Falle eine Tatsache vorgespiegelt ist, freilich ist unsere Begründung von der des Obertribunals abweichend.[7]) Das Reichsgericht geht in

---

1) z. B. Frank a. a. O.

2) Oppenhoff a. a. O.

3) Friedsam a. a. O., ebenso auch R. G. 22, 158.

4) Vgl. die Beispiele bei Frank zu § 231 II No. 1 b.

5) Goltdammer, Archiv XIII S. 224 ff.

6) Vgl. Oppenhoff zu § 263 No. 43 a.

7) Eine künftige Absicht wird als Tatsache anerkannt, anscheinend im Erk. des preuss. O. Trib. vom 19. November 1874, abgedruckt bei Stenglein Bd. 15. S. 104. Im Ergebnis stimmen wir zu, dass eine Tatsache vorliegt, aber die Vorspiegelung, dass man eine Verpflichtung übernehmen werde, ist nicht die Vorspiegelung eines künftig, sondern eines jetzt vorhandenen Willens, die Verpflichtung nicht übernehmen zu wollen.

konstanter Praxis von dem Begriff der Tatsache, wie ihn v. Liszt und die herrschende Meinung fasst, aus. Die sämtlichen Fälle, in denen das Reichsgericht von Tatsachen spricht, gehören der Gegenwart oder Vergangenheit an, so z. B., dass ein Schaden eingetreten ist,[1]) dass jemand Bevollmächtigter ist,[2]) dass ein Tier[3]) krank ist.[4])

Besonders markant spricht unser oberstes Gericht diese seine Ansicht im folgenden aus:[5]) Es muss daran festgehalten werden, dass unter Tatsache im Sinne des Gesetzes nur eine Begebenheit, ein konkreter Vorgang oder Zustand zu verstehen sei, welcher in der Vergangenheit oder Gegenwart in die Erscheinung getreten und dadurch Gegenstand der Wahrnehmung geworden ist . . . ausgeschlossen sind alle Ergebnisse abstrakter Schlussfolgerungen.

Eine weitere Streitfrage besteht ferner darüber, ob die sogenannten innern Tatsachen auch Tatsachen im Sinne des Gesetzes sind. Die Tatsachen werden in äussere und innere Tatsachen eingeteilt. Unter äusseren Tatsachen versteht die Wissenschaft und Rechtsprechung solche Tatsachen, die in die Aussenwelt getreten sind, also Vorgänge der sinnlich wahrnehmbaren Aussenwelt;[6]) unter inneren solche, die der Gedankenwelt angehören, also Vorgänge im Innern des Menschen.

Zu den ersteren gehören daher äusserlich wahrnehmbare Zustände, Eigenschaften, Ereignisse, soweit diese Dinge, wie Oppenhoff[7]) richtig ausführt, eine von dem Willen und den Gedanken eines Einzelnen unabhängige, erkennbare

---

1) R. G. 38, 356.

2) R. G. 39, 421.

3) R. G. 28, 190.

4) Vgl. auch dazu R. G. 22, 158; 25, 13; 26, 239; 27, 78; 29, 124; 29, 350; 34, 257; 35, 232; 36, 367. Vgl. auch die Preussische Rechtsprechung anlangend Goltdammer, Archiv Bd. 1 S. 579, 5 S. 567, 13 S. 804, 15 S. 707, 18 S. 355.

5) R. G. 22, 158.

6) Vgl. Olshausen zu § 131, 2.

7) Zu § 263 No. 39 ff.

Existenz haben, zu den letzteren Motive, Zwecke, Ziele, Absichten.

Die Praxis des Obertribunals und der Appellationsgerichte schwankt; sie bejaht teils und verneint die Frage, ob eine innere Tatsache als Tatsache im Sinne des § 263 St. G. B. anzusehen sei.[1])

Die Streitfrage, ob die inneren Tatsachen auch als Tatsachen anzusehen seien, hat das Reichsgericht[2]) in bejahendem Sinne entschieden. Wiederholt hat das Reichsgericht sich dahin ausgesprochen, dass Motive und Absichten[3]) eines Handelns Tatsachen innerer Natur sind, von deren Dasein oder Nichtdasein man sich überzeugen kann,

---

1) Für die Anerkennung der inneren Tatsachen z. B. Stenglein Zeitschrift Bd. 13 S. 214/15; 18 S. 218/19; a. Ansicht Bd. 12 S. 292; 15 S. 93.

2) R. G. Bd. 2, 197; 4, 232; 8, 109; 16, 368; 20, 143; 22, 158; 24, 301; 24, 407.

3) Die Vorspiegelung der Absicht zu zahlen ist daher eine innere Tatsache, und zwar die Vorspiegelung etwas Gegenwärtigen, nämlich einer vorhandenen Willensrichtung. Darüber, dass die Absicht binnen bestimmter Frist zu zahlen — animus solvendi — eine Tatsache ist, vgl. R. G. 24, 407, Heilbronner S. 11. Die Rats- und Anklagekammer zu E. hatte in der Vorspiegelung, die Absicht zu haben, eine bestimmte Verbindlichkeit einzugehen, nicht die Vorspiegelung einer falschen Tatsache erblickt. Hiergegen Beschluss des K. Württ. O. T. (Strafkammer) vom 12. November 1873 (abgedruckt bei Stenglein Bd. 13 S. 213/4) mit folgender Begründung: Wenn auch zuzugeben sei, dass nicht jede unwahre Vorspiegelung inbetreff der angeblich bestehenden Absicht eines bestimmten Tuns oder Unterlassens als Vorspiegelung einer falschen Tatsache anzusehen sei, so müsse doch die Vorspiegelung der Absicht, ein bestimmtes Vertragsverhältnis einzugehen, als Vorspiegelung einer falschen Tatsache angesehen werden, nämlich des tatsächlichen Vorhandenseins der für das betreffende Geschäft erforderlichen Willenbestimmung, weil gerade diese tatsächliche Voraussetzung für das Handeln eines Menschen, der sich in ein Rechtsgeschäft einlassen wolle, bestimmend sei. Ebenso Erk. des H. Braunschw. O. G. Wolfenbüttel vom 6. März 1877 (Stenglein Bd. 17 S. 155/6). Ebenso ist es auch eine Vorspiegelung eines gegenwärtigen, und zwar des vorhandenen Vertragswillens, wenn ein Dienstbote sich eine arrha geben lässt und gar nicht den Dienst antreten will. Anderer Ansicht Ottendorf Annalen der Bad. Ger. 1872 S. 247; dagegen Heilbronner S. 12 und die dort zitierten Entscheidungen.

die erkennbar existent sind, vom Kreise der Tatsachen nicht ausgeschlossen sind.

Auch die Wissenschaft steht in ihrer überwiegenden Mehrheit auf dem oben vom Reichsgerichte vertretenen Standpunkte.

So sagt z. B. v. Liszt:[1]) Vorgänge der Aussenwelt wie im Innern gehören hierher; den physischen Tatsachen stehen psychische, wie Eigenschaften, wie Ansichten und Absichten (z. B. gewinnsüchtige Absicht) durchaus gleich. Derselben Ansicht ist auch Binding,[2]) der Erfahrungstatsachen des Innenlebens auch zu den Tatsachen rechnet.[3])

Der Ansicht der herrschenden Lehre und des Reichsgerichts ist zu folgen. Die begriffliche Unterscheidung in äussere und innere Tatsachen ist an sich durch den Wortlaut des Gesetzes nicht begründet. Auch die Ausführungen der Gegner haben wenig Beweiskräftiges:

Es ist zwar zuzugeben, dass der Begriff Sache im Gesetz sonst nur äusserlich wahrnehmbare Gegenstände bezeichnet. Es liegt jedoch kein Anlass vor, den Begriff in Verbindung mit Tat in diesem Sinne zu übernehmen. Man muss vielmehr an den Sprachgebrauch des täglichen Lebens denken,[4]) in dem Sache für jedes beliebige, also auch abstrakte Ding gebraucht wird. Wir haben also zu dem von uns oben entwickelten Begriff Tatsache noch hinzuzufügen, dass unter Tatsachen im Sinne des § 263 St. G. B. auch die sog. inneren Tatsachen zu verstehen sind.

Wenn ferner in der Literatur darüber Meinungsverschiedenheit herrscht, ob innerhalb des Kreises der inneren Tatsachen die „Absichten des Täters“ begrifflich vom Tatsachenbegriff auszuschliessen sind, so schliessen wir uns der Meinung, die die Absichten des Täuschenden nicht als

---

1) S. 346 der 12. u. 13. Auflage.

2) S. 183.

3) Anderer Ansicht Merkel H. H., Meves S. 236 No. 24, Rubo a. a. O. und v. Schwarze zu No. 12.

4) Vgl. dazu Friedsam a. a. O.

innere Tatsachen gelten lässt, nicht an. Wir können nicht der früheren Rechtsprechung des Preussischen Ober-Tribunals folgen, die annahm, dass die angeblich vorhandene eigene [1]) Willensrichtung in Beziehung auf ein späteres Tun oder Unterlassen, insbesondere auf die künftige Erfüllung einer übernommenen Verbindlichkeit, zu sehr dem Wechsel der Entschliessung ausgesetzt sei, um für eine „Tatsache", also etwas Fertiges, zur Existenz Gelangtes gelten zu können. Es ist vielmehr darauf hinzuweisen, dass in der Behauptung, aus einem bestimmten Beweggrunde zu handeln, die Kundgebung einer bei dem sich Äussernden vorliegenden inneren Tatsache liegt.[2]) Seine Äusserung enthält die Behauptung, dass er die Absicht, die er ausgesprochen hat, wirklich vertritt. Es handelt sich um etwas Gegenwärtiges, nämlich, dass er entschlossen ist, die Absicht zu verwirklichen und das vorgeschlagene Rechtsgeschäft einzugehen. Wenn jemand an diese Absicht glaubt, dann wird er über ein gegenwärtiges Verhältnis getäuscht. Die eigene Absicht ist also eine innere Tatsache und somit auch Tatsache im Sinne des § 263 R. St. G. B.

Scharf zu scheiden davon ist die Frage, ob und wie ein Kausalzusammenhang zwischen der Täuschung über einen vorhandenen Willen und der Vermögensbeschädigung zu konstruieren ist.

Es lässt sich nicht bestreiten und auch das bei Olshausen[3]) angeführte Beispiel veranschaulicht es, dass bisweilen dieser Kausalzusammenhang nicht nachzuweisen ist.

Fassen wir das Gesagte zusammen, so ergibt sich nach unserer Ansicht der allein richtige Begriff der Tatsache in folgendem:

> Tatsache ist im Sinne des § 263 R. St. G. B. im Gegensatz zu Urteilen und Ansichten jedes bestimmte, konkrete der Gegenwart oder Vergangenheit angehörende

1) Vgl. Oppenhoff zu § 263 a. a. O.
2) Ebenso Olshausen und die gem. Meinung.
3) Zu § 263 No. 39, vgl. auch Friedsam S. 72 ff.

Ereignis oder Geschehnis, ohne Unterschied, ob es der Aussenwelt oder noch dem Innern des Menschen angehört.

II. Der Begriff: „Unterdrücken".

Nach § 263 R. St. G. B. kann auf dreifache Weise ein Irrtum erregt oder unterhalten werden durch Vorspiegeln falscher Tatsachen oder durch Entstellen oder durch Unterdrücken wahrer Tatsachen. Man könnte versucht sein zu meinen, dass diese Ausdrücke gegenübergestellt wären und einen gewissen Gegensatz ausmachten; so erfordere das Vorspiegeln und das Entstellen eine positive Tätigkeit,[1]) während das Unterdrücken von Tatsachen ein Unterlassen, ein Nichthandeln, fordere.[2])[3])

Der Begriff der Unterdrückung von Tatsachen ist in Theorie und Praxis ausserordentlich umstritten. Die einen sehen in dem Unterdrücken nur eine positive Tätigkeit, sie verwahren sich dagegen, dass das Unterdrücken von Tatsachen auch durch ein Unterlassen begangen werden könne; andere sind der Ansicht, dass das Unterdrücken von Tatsachen in erster Linie ein positives Tun erfordere, dass daneben aber auch eine Tatsache durch eine Unterlassung unterdrückt werden könne; wieder andere vertreten die Meinung, dass eine Unterdrückung wahrer Tatsachen nur durch eine reine Unterlassung begangen werden könne, dass also Unterdrücken von Tatsachen dem einfachen Verschweigen von Tatsachen gleichzusetzen sei.

Schwankend wie die Theorie ist auch die Praxis. Auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts ist auf diesem Gebiete sehr unklar. Das Reichsgericht vertritt zwar, wie

---

1) Dass Vorspiegeln und Entstellen nicht durch eine Unterlassung begangen werden können, ist unstreitig.

2) So z. B. v. Schwarze a. a. O.

3) Anscheinend auch Bauer § 252 I A.

unten gezeigt werden wird, die aus der Wissenschaft übernommene Meinung, dass bei der Beantwortung der Frage, wann ein Unterdrücken von Tatsachen vorliegt, die Lehre von den durch Unterlassung begangenen Kommissivdelikten Anwendung findet. Es versucht aber immer noch daneben ein aktives Verhalten des Täuschenden nachzuweisen. Es scheint somit nicht das richtige Vertrauen zu der im Prinzip anerkannten Entscheidung zu haben.

Nach unserer Meinung kann eine Tatsache sowohl durch ein Tun, als auch durch eine Unterlassung unterdrückt werden. Wenn Heilbronner[1]) im Anschluss an die Motive und auf Grund von Quellenstudien das Unterdrücken von Tatsachen nur in einem positiven Tun erfüllt sieht,[2]) so kann diese Meinung nicht als richtig angesehen werden.

Heilbronners Deduktion mag für das Preussische Recht stimmen, hier aber war nur von der Erregung, nicht der Unterhaltung eines Irrtums die Rede. § 263 R. St. G. B. hat gegenüber dem § 241 preuss. St. G. B. durch die Worte: „oder unterhält" — wie auch Heilbronner zugibt — eine wesentliche Ausdehnung erhalten. Wenn auch zuzugeben ist, wie die Motive richtig hervorheben, dass die Unterhaltung nicht der Benutzung eines Irrtums gleichgesetzt werden kann: beide setzen einen bereits bestehenden Irrtum voraus, die Unterhaltung des Irrtums ist jedoch mehr als die blosse Benutzung, da sie begrifflich die Bestärkung des Irrtums verlangt; so ist doch andererseits die Meinung durchaus berechtigt, dass jemand in seinem Irrtum bestärkt werden kann, dadurch, dass oder weil ein anderer es unterlässt, ihm Aufklärungen zu geben.

Auch der Sprachgebrauch, aus dem Heilbronner schliesst, dass nur eine positive Tätigkeit ein Unterdrücken hervorbringen könne, vermag nach unserer Ansicht Heilbronners Meinung nicht zu bekräftigen: Gebraucht man das

1) S. 28 ff.

2) Vgl. Temme S. 977.

Wort unterdrücken, so ist damit natürlich in erster Linie gemeint, dass etwas gehindert wird, in Erscheinung zu treten. Eine Krankheit wird unterdrückt, ein Aufstand, eine Feuersbrunst. Man greift also handelnd ein. Aber bedenkt man z. B. die Fassung: Ein Skandal, ein Geschehnis wird unterdrückt, dann bedeutet das: die Sache soll verschwiegen werden, man will nicht daran rühren, sodass niemand etwas davon erfährt. Man handelt demzufolge nicht, man verschweigt und unterlässt jede Handlung. Ebenso sagt man, eine Meldung wird unterdrückt, und meint damit, dass man die Meldung nicht weitergibt, dass nichts veranlasst wird.

In diesem Sinne ist das Wort unterdrücken hier aber auch gebraucht, es ist also aus dem Sprachgebrauch der Schluss, dass nur durch positive Tätigkeit etwas unterdrückt werden könne, nicht berechtigt. Nach dem Sprachgebrauch und dem Zusammenhang des Wortes würde ein Betrug auch durch ein Unterlassen, ein Verschweigen begangen werden können. Freilich — und darin liegt die auch vom R. G. anerkannte Schwierigkeit — ist es nicht immer leicht, festzustellen, wann das Verschweigen einer Tatsache als Betrug aufzufassen ist. Ein einfaches Verschweigen vermag an sich den Tatbestand des Betruges nicht zu erfüllen, da es kein allgemein geltendes „Recht auf Wahrheit“ gibt. Die von der naturrechtlichen Schule konstruierte allgemeine Pflicht zur Wahrheit ist heute in Theorie und Praxis fast durchgängig als unrichtig erkannt.

Im Vorstehenden sollte nur begrifflich zunächst festgestellt werden, dass der Sprachgebrauch des Wortes unterdrücken der Auslegung, dass ein Verschweigen den Tatbestand des Betruges erfüllen könne, nicht im Wege steht. Für die Frage,[1]) wann Betrug durch Verschweigen be-

1) Ebensowenig vermag der Begriff Unterhaltung eines Irrtums die Annahme zu rechtfertigen, dass der Betrug des § 263 R. St. G. B. nur durch ein positives Tun begangen werden kann.

gangen werden kann, sind die allgemeinen Vorschriften über die Kommissivdelikte durch Unterlassung massgebend.

Es soll im folgenden erst der Standpunkt des Reichsgerichts und der Theorie zu der Frage, ob durch ein Verschweigen der Tatbestand des § 263 R. St. G. B. erfüllt werden kann, auseinandergesetzt werden, ehe auf die für die Arbeit wichtige Frage nach den Kommissivdelikten durch Unterlassung eingegangen wird. Es lässt sich dabei allerdings nicht vermeiden, dass gewisse Punkte, die erst dem folgenden Kapitel angehören, vorweggenommen werden. Das Reichsgericht spricht sich in einer Entscheidung dahin aus,[1]) dass die allgemeinen Grundsätze über Kommissivdelikte durch Unterlassung für die Frage, ob ein Verschweigen den Tatbestand des Betruges ausmachen kann, Anwendung finden. Es muss also eine Rechtspflicht zur Offenbarung der Wahrheit vorliegen. Aber das Reichsgericht ist sich der Schwierigkeit der Begründung dieser Rechtspflicht sehr wohl bewusst. Man merkt daher, dass in vielen Entscheidungen Wert darauf gelegt wird, dass neben der Begründung der Rechtspflicht zur Offenbarung der Wahrheit ein gewisses aktives, auf Täuschung abzielendes Verhalten des Täuschenden konstruiert wird, durch das auch Tatsachen unterdrückt sind.[2])[3]) In anderen Fällen wird wieder die im Text vertretene Meinung über Verschweigen durchgeführt;[4])[5]) in erster Linie wird aber versucht, ein aktives Verhalten des Täuschenden, eine auf

---

1) R. G. 21, 67.

2) Vgl. besonders R. G. 26, 28: Wenn das Urteil in der Gesamtheit dieser Veranstaltungen des Angeklagten nicht ein blosses Verschweigen, eine reine Unterlassung, sondern eine positive, mit seinem Schweigen in Verbindung gebrachte Unterdrückung der Wahrheit, ein aktives Irreführen, gefunden hat, so kann diese Meinung nicht als rechtsirrtümlich bezeichnet werden.

3) Ebenso R. G. 1, 314 u. 29, 369: Mit dem Verschweigen in Verbindung getretenes aktives, auf Täuschung angelegtes Verhalten.

4) Vgl. Bd. 25, 95.

5) Vgl. Bd. 29, 36.

Täuschung gerichtete Handlungsweise, nachzuweisen.[1]) Dies ist[2]) richtig, denn, wie oben ausgeführt, bedeutet Unterdrücken von Tatsachen in erster Linie ein positives Tun. Ausserdem wird in sehr vielen Fällen, wenn etwas in betrügerischer Absicht verschwiegen ist, ein aktives Verhalten des Täuschenden vorliegen. Die Praxis des Obertribunals und der Appellationsgerichte ist in der Beantwortung der Frage, wann ein Unterdrücken von Tatsachen vorliegt, schwankend. Es wird bald nur ein aktives Verhalten gefordert, durch das allein eine wahre Tatsache unterdrückt werden könne,[3]) bald wird daneben auch ein Verschweigen als Betrug angesehen, nämlich dann, wenn eine besondere Verpflichtung zur Aufklärung oder Mitteilung durch die Natur des in Frage stehenden Geschäftsverkehrs oder die individuellen Verhältnisse angenommen werden kann.[4]) Bald wird auch das Verschweigen so aufgefasst, dass es einer damit verbundenen Handlung den Charakter einer Täuschung verleihen und so in ein sogenanntes qualifiziertes Schweigen übergehen kann.[5])

Auch die Theorie schwankt in dieser Beziehung. Die führende Literatur ist der Ansicht, dass durch eine Unterlassung, ein Verschweigen, eine Tatsache unterdrückt und so ein Irrtum erregt oder unterhalten werden kann.[6]) [7]) Sie

1) Vgl. auch 14, 310; 21, 67; 31, 208.

2) Vgl. übrigens auch folgende Entscheidungen des Reichsgerichtes: 2, 430; 4, 228; 4, 295; 19, 144; 20, 144; 23, 244; 27, 1; 34, 181; 35, 314; 38, 62; 39, 82.

3) Zeitschrift von Stenglein Bd. 13 S. 383/4 (im Anschluss an die Motive eine äussere Tätigkeit verlangt) Bd. 15 S. 115/16. Anscheinend auch Bd. 15 S. 370.

4) Stenglein, Zeitschrift Bd. 12 S. 117/18 (je nach Lage der Sache) Bd. 14 S. 185 (wenn der Getäuschte nach den individuellen Verhältnissen des betreffenden Straffalles die Mitteilung der wahren Sachlage erwarten musste); Bd. 15 S. 115/16; Bd. 18 S. 229.

5) Stenglein, Zeitschrift Bd. 13 S. 353/54; von Wächter S. 453.

6) Über den Unterschied von Unterhaltung und Benutzung eines Irrtums vgl. R. G. Bd. 20, 326 und 25, 95.

7) Zu weitgehend fordert Olshausen zu § 263 No. 15 stets eine Tätigkeit zur Unterhaltung des Irrtums, Anderer Ansicht v. Liszt S. 470.

bringt folgerichtig die Vorschriften über die Kommissivdelikte durch Unterlassung hier zur Anwendung. So sagt insbesondere Olshausen:[1] . . . Jenes Tatbestandsmerkmal (Unterdrücken von Tatsachen) kann durch eine reine Unterlassung, namentlich ein blosses Verschweigen, nicht begangen werden, da es ein zur Kundgebung der Wahrheit verpflichtendes Recht auf Wahrheit nicht gibt . . . es handelt sich lediglich um die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die Begehung eines Kommissivdeliktes durch Unterlassung.[2][3])

Im Gegensatz zu dieser Meinung sieht v. Schwarze den Tatbestand des Unterdrückens von Tatsachen nur in einem Unterlassen erfüllt.

Wir haben im vorstehenden auseinandergesetzt,[4][5]) dass der Begriff Unterdrückung wahrer Tatsachen der Auslegung, dass ein Verschweigen den Tatbestand des Betruges erfüllen kann, nicht im Wege steht. Man kann also nicht aus dem Worte „unterdrücken" schliessen — wie Heilbronner es tut —, dass ein aktives Verhalten erforderlich sei. Der

---

1) Zu § 263 No. 13.

2) Vgl. dazu die Gegenausführungen bei Heilbronner S. 28 ff.

3) Für die Bejahung der Frage, ob durch Verschweigen ein Betrug begangen werden kann, sind ausser Liszt und Olshausen noch Frank zu § 263 II, Meyer S. 581, Oppenhoff, Rommel S. 38, 43; Geyer S. 259, Schlesinger: Vermögensbeschädigung beim Betrug, Diss. Erlangen 1894 u. a. Anderer Ansicht Heilbronner und die von ihm zitierten Autoren. Anscheinend auch Berner S. 569, der ein Unterdrücken von Tatsachen definiert als: Dem Erkanntweden entziehen, d. h. nach seiner Ansicht ist eine Tätigkeit erforderlich.

4) Dass aus dem Begriffe „Unterdrücken wahrer Tatsachen" auf das Erfordernis einer gewissen Heimlichkeit nicht geschlossen werden kann, dass dies Erfordernis aber für den § 263 aufgestellt werden muss, weil ohne dieses die zu täuschende Person nicht an der Benutzung der wahren Tatsache verhindert werden kann, darüber vgl. Olshausen zu § 263 No. 13, Heilbronner S. 18. Vgl. auch R. G. Bd. 22 S. 283.

5) Darüber, dass ein Unterdrücken beim Betruge nicht durch Fahrlässigkeit begangen werden kann, vgl. Heilbronner S. 18 und Anm. 58 ebenda.

Sinn des § 263 R. St. G. B lässt eine andere Auslegung auch zu. Ein Hinweis auf die Motive ist für die Auslegung des Gesetzes nicht bindend; sie mögen ein wertvolles Hilfsmittel bei der Auslegung des Gesetzes bilden. Aber in erster Linie kommt es darauf an, was Gesetz geworden ist, nicht was Gesetz hat werden sollen (vgl. besonders E. R. G. 16, 88 ff. und 16, 194).

Wir haben im Vorstehenden ein rein negatives Resultat erzielt:

> Weder der Sprachgebrauch noch die Formulierung: „Erregung oder Unterhaltung eines Irrtums" stehen der von uns vertretenen Ansicht, dass ein Verschweigen den Tatbestand des Betruges ausmachen könne, entgegen. Ob das Verschweigen aber den Tatbestand des Betruges wirklich ausmachen kann, das ist nicht aus dem Worte „unterdrücken" zu schliessen, sondern es ist aus den Vorschriften über die Kommissivdelikte durch Unterlassung dieser Beweis zu führen.

Wir haben im Vorstehenden schon einige Punkte der Lehre von den Kommissivdelikten durch Unterlassung berührt. Die eigentliche Lehre über Kommissivdelikte durch Unterlassung soll im folgenden behandelt werden.

III. Die Kommissivdelikte durch Unterlassung.

Das Strafrecht enthält in seinen Normen [1]) Verbote und Gebote. Die überwiegende Mehrheit bilden die Verbote, in denen verboten wird, eine bestimmte Handlung zu begehen. So enthält z. B. § 242 R. St. G. B. das Verbot, zu stehlen. Daneben gibt es aber auch Gebotsnormen. Ein bestimmtes Tun wird geboten, und die Unterlassung der im Gebote bezeichneten Handlung ist strafbar. Den typischen Fall

1) Vgl. dazu Binding: Normen und ihre Übertretung, Leipzig 1872 und 1877.

bildet § 139 R. St. G. B.[1]) In diesem § wird das Gebot aufgestellt, bei Kenntnis von dem Vorhaben eines Hochverrates . . . der Behörde oder der bedrohten Person Anzeige zu machen. Die Unterlassung der Anzeige ist strafbar. Die Gebotsübertretungen werden Omissivdelikte genannt, die Verbotsübertretungen Kommissivdelikte. Nach v. Liszt liegt der Unterschied in folgendem: „Bei den letzteren bestraft der Gesetzgeber den Eintritt des Erfolges; bei den ersteren den Nichteintritt eines vorgestellten Erfolges.“[2]) Gebotsverletzungen bestehen lediglich im Ungehorsam gegen das Gebot, während sich die Verbotsverletzungen auch als Verletzungs- und Gefährdungsdelikte qualifizieren können. Man nennt die Gebotsübertretungen auch die „echten Unterlassungsdelikte“. Den Gegensatz bilden die „unechten Unterlassungsdelikte“, die durch Unterlassung begangenen Kommissivdelikte.[3])

Zu den letzteren gehören die klassischen Beispiele von der Mutter, die die Ernährung ihres Kindes unterlässt, sodass das Kind stirbt, und von dem Bahnwärter, der einen Felsblock auf den Schienen liegen sieht und ihn nicht beseitigt, sodass der Zug entgleist.

Zu Beginn des vorigen Jahrhunderts hat sich ein lebhafter Streit über die Behandlung der durch eine Unterlassung begangenen Kommissivdelikte erhoben. Die Wissenschaft hat lange Zeit versucht, die Kausalität der Unterlassung nachzuweisen. Erst in neuester Zeit hat man mit Recht darauf hingewiesen, dass die Unterlassung als solche nicht kausal sein könne und man hat das Kausalitätsurteil gefällt in der Erwägung, dass ein anderes Handeln denkbar war, das einen andern Erfolg herbeigeführt hätte.[4]) Es sei

1) Vgl. auch § 360: 10 § 361: 4 R. St. G. B.

2) v. Liszt, S. 132 Anm. 2.

3) Hälschner, S. 236, sieht den Unterschied darin, dass bei den Omissivdelikten nur die Unterlassung, bei den durch Unterlassung begangenen Kommissivdelikten eine weitere an die Unterlassung sich anschliessende Folge bestraft wird.

4) Vgl. das Nähere S. 44 ff. des Textes.

von vornherein bemerkt, dass die Frage nach der Kausalität mit der Frage nach dem Verschulden nichts gemein hat: Die Schuld hat es mit dem fehlerhaften Verhalten des freien Willens zu schaffen, sie ist ein Rechtsbegriff; während die Kausalität, die notwendige Verknüpfung von Ursache und Wirkung, das methodische Grundprinzip naturwissenschaftlicher Forschung und der Rechtswissenschaft ursprünglich fremd ist.[1])[2])

Mag man auch den wissenschaftlichen Streit mit v. Liszt[3]) als einen der unfruchtbarsten bezeichnen, den die strafrechtliche Wissenschaft geführt hat, er entbehrt weder in der Theorie noch in der Kasuistik des Interesses.

A. Die Theorien, die die Kausalität der Unterlassung nachzuweisen suchen.

1. Die Theorie Ludens.

Eine jede wissenschaftliche Arbeit, die kritisch zu dieser Frage Stellung nimmt, muss mit Luden beginnen. Luden[4]) gebührt das Verdienst, zuerst genauer auf den Unterschied zwischen reinen Unterlassungsdelikten und den Delikten, die durch Unterlassungshandlungen begangen werden, hingewiesen zu haben. Auf diesem Gebiete ist er Führer gewesen, indem er auf einen Unterschied hinwies, der in der Wissenschaft bisher nicht genügend beachtet war.

Im Anschluss an ältere Autoren[5])[6]) teilte er die Normen in Praeceptivgesetze und Prohibitivgesetze. Unterlassungsverbrechen erklärte er für Verletzungen von Praeceptivgesetzen, Begehungsverbrechen für Verletzungen von Pro-

1) Vgl. das Nähere S. 44 ff. des Textes.
2) Henke zu § 145 No. 2.
3) § 30 III.
4) I S. 467 ff. II S. 219 ff.
5) Engau elem. jur. Crim. § 15.
6) Koch: instit. jur. Crim. § 21.

hibitivgesetzen. Aber — und darin liegt sein Irrtum — nach seiner Meinung ist dieser Unterschied nur ein rein formaler.[1]) Es ist nach seiner Lehre nur das Streben nach Kürze und Präzision, das den Gesetzgeber veranlasst hat, seine Normen in Gebote oder in Verbote zu kleiden. Es liesse sich kein Gebot denken,[2]) das nicht gleichzeitig das Verbot enthalte, jede andere als die im Gebot bezeichnete Handlung zu tun, ebenso wie es im Falle eines Verbotes geboten sei, irgend eine Handlung zu begehen, nämlich eine solche, welche nicht die im Verbote bezeichnete ist. Diese Meinung ist abzulehnen. Daraus, dass etwas Bestimmtes nicht getan werden soll, folgt noch keineswegs, dass etwas Anderes Positives zu tun ist. Nach Luden ist die Form des Verbotes die zweckmässigste, um den Willen des Gesetzgebers am klarsten zum Ausdruck zu bringen. Diese Meinung Ludens ist sicherlich falsch. Der Unterschied von Gebots- und Verbotsnormen ist nicht lediglich formaler Natur, es besteht ein grosser materialer Unterschied[3]) zwischen beiden, und Glaser[4]) ist darin völlig beizustimmen, wenn er sagt, dass dadurch Luden den Wert seiner Unterscheidung, deren Vernachlässigung er andern mit Recht vorgeworfen habe, reduziere. Dass Luden erkannt hat, dass die Unterlassung als solche niemals kausal sein könne, und dass er als erster im Gegensatz zu Feuerbach bemüht war, die Wissenschaft in der Frage nach der Kausalität der Unterlassung auf andere Bahnen zu weisen, ist sein Verdienst.

Wenn er die Kausalität der Unterlassung leugnete, so war er bemüht, irgend wo anders das kausale Moment zu finden. Er verlegte die Kausalität[5]) in ein gleichzeitig ein-

1) Dagegen Glaser S. 289.
2) S. 220 ff.
3) Vgl. Sturm S. 10.
4) S. 380.
5) II S. 225 ff.

hergehendes Moment. Zu diesem Zwecke[1][2]) stellte er seine Theorie auf, die er in der Wissenschaft als die Theorie des „Andershandelns“ bekannt ist.[3][4]) Er ging dabei von der Konstruktion aus, dass der Mensch nie ganz untätig sei. Wenn er etwas unterlassen habe, dann müsse er in dieser Zeit notwendigerweise statt dessen etwas Anderes getan haben. Dieses sei immer eine positive Handlung, möge sie auch in einem blossen Zusehen oder in einer Ortsentfernung bestanden haben. Diese positive Handlung während des Unterlassens sei alsdann die alleinige Ursache des Erfolges.

Wir können dieser Meinung nicht beitreten. Es ist falsch, dass der Mensch rechtlich nie ganz untätig sein könne.[5]) Luden verkennt, dass unter „Handeln“ das bewusste aktive Tätigsein verstanden wird. Es ist einleuchtend, dass der Mensch in diesem Sinne vielfach untätig ist: er handelt nicht nur dann nicht, wenn sein Bewusstsein aufgehoben ist, wenn er schläft, sondern er handelt auch dann nicht, wenn er in den Lauf des Geschehens nicht eingreift, wenn er zusieht. Die Mutter, die, währenddem sie ihr Kind hätte warten müssen, einer andern Tätigkeit nachgeht, sodass das Kind stirbt, hat nach Ludens Meinung den Tod des Kindes verursacht. Weil die Mutter die ihr obliegende Verpflichtung zur Ernährung ihres Kindes nicht erfüllt und untätig ist, deshalb greift Luden diese Untätigkeit der Mutter heraus, betrachtet diese Untätigkeit als eine Handlung und erklärt diese Handlung als Ursache des Todes des Kindes. Er verfällt durch seine Theorie in den Fehler, dass er das pflichtwidrige[6]) Unterlassen als Handeln

---

1) Vgl. Binding, Normen II S. 209 Anm. 74.

2) Boyé a. a. O.

3) Ebenso v. Liszt erste Aufl. 1881 S. 81.

4) Ebenso Hrehorowicz S. 322.

5) Vgl. Sturm S. 82 „Das Recht und die Sprache nennt unbewusste Wirkungen des Körpers nicht tun“.

6) Vgl. dazu v. Rohland S. 6 ff.

betrachtet. Die Verletzung einer Zwangspflicht gibt dem Verbrechen seinen bestimmten Charakter.

2. Die Theorien, die die Kausalität in den vorangegangenen Momenten nachzuweisen suchen.

a) Die Theorie Krug's.

Gegen diese Theorie Ludens, die bei der Unterlassung die positive Tätigkeit, die nebenhergeht, als kausal ansieht, nimmt Krug energisch Stellung,[1]) wenn er sein berühmtes Schlagwort aufstellt, dass dann das Strümpfestricken der Mutter den Tod des Kindes verursacht habe. Luden begehe darin einen Fehler, dass er das Nichtdarreichen von Lebensmitteln dem Entziehen von Lebensmitteln gleich setze.

Wir finden bei Krug folgendes Beispiel: Ein Schwimmer kann das steile Ufer nicht emporklimmen. Ein anderer steht am Ufer und könnte ihm die Hand reichen und ihm so helfen. Der Schwimmer ist sein Feind, und da er ihm verderben will, reicht er ihm nicht die Hand, sodass dieser in den Wellen versinkt. Krug führt aus, dass der Schwimmer lediglich infolge seiner eigenen Unvorsichtigkeit ertrunken sei. Die Untätigkeit des andern sei gleich Null, aus Nichts könne Nichts werden. Wenn dieser fortgewesen wäre, dann wäre der Schwimmer auch ertrunken, folglich könne das Fortgehen seines Feindes nicht kausal gewesen sein. Es sei zwar sittlich schlecht gewesen, aber deshalb könne es ihm nicht zugerechnet werden.

Cogitationis pönam nemo patitur.

Krug kommt zu der Theorie, dass eine Unterlassung nie kausal sein könne. Dies wäre nur in der Art denkbar, dass die Unterlassung mit Handlungen des Unterlassers, welche zu dem Erfolge im Kausalverhältnis ständen, in Verbindung trete. Diese Handlungen gingen der Unterlassung voraus, sie bestünden in dem vorherigen Versprechen, der

1) S. 30 ff.

vorherigen Garantieübernahme.[1]) Krug führt folgende Beispiele an:

Ich schwimme mit einem andern in die hohe See hinaus. Vorher habe ich ihm versprochen, ihm zu helfen, wenn ihm die Kräfte versagen. Die Kräfte beginnen ihm zu versagen, und er geht unter, weil ich ihn nicht rette. Dann habe ich nach Krug seinen Tod verursacht. Denn ich hatte ihm versprochen, ihn zu retten, und er konnte deshalb auf meine Hilfe rechnen. Der Bahnwärter, der unterlassen hat, die bewegliche Schiene zu stellen, sodass der Zug entgleist, hat das Eisenbahnunglück verursacht: Durch seine Anstellung, durch die er die Verpflichtung übernahm, die Schiene gut zu bedienen, konnte und musste sich der Zugführer darauf verlassen, dass dieser die Schienen ordentlich stellen würde.

Resümieren wir: Nach der Lehre Krugs kann nur dann jemandem die Unterlassung zugerechnet werden, wenn er zu positiven Handlungen verpflichtet ist. Diese Verpflichtung ist aber nur durch eine vorausgegangene Tätigkeit begründet. Eine gesetzliche Pflicht oder „allgemeine Bürgerpflichten“ [2]) vermögen diese Verpflichtung nicht zu begründen. Die Unterlassung kann nur dann jemandem zugerechnet werden, wenn das Vertrauen, die übernommene Garantie, verletzt ist, nur bei spezieller, nicht bei genereller Pflichtverletzung. Nach Krug's Lehre wird also der pflichtwidrigen Verletzung des Garantieversprechens eine den Kausalzusammenhang vermittelnde Stellung eingeräumt. Betrachten wir diese Lehre Krugs, dann leuchtet die Möglichkeit ein, dass die Handlung und die Schuld zeitlich auseinanderfallen. Nehmen wir an, es setzte jemand eine Unterlassung schuldlos. Erst lange Zeit danach fasst er den Vorsatz, einen bestimmten Erfolg zu erreichen. Nach Krug wäre er dann wegen vorsätzlich begangener Tat zu bestrafen. Diese Lehre vom dolus subsequens verstösst gegen den obersten Grundsatz

1) Vgl. dazu auch Boyé a. a. O.

2) Vgl. Stübel §§ 43—50, besonders S. 62.

des Strafrechts, dass im Augenblick der Begehung des Delikts die Schuld vorhanden sein muss. Ferner, wenn die Verletzung einer übernommenen Verpflichtung die Unterlassung zur Kausa des Todes stempelt, wie oben gezeigt, so setzte sich Krug dadurch mit seiner Theorie, dass die Unterlassung niemals kausal sein könne, in einen gewissen Widerspruch.[1]) Auch er kann die Schuld zur Herstellung der Kausalität nicht entbehren.

b) Die Theorie Glasers.

Diesen Punkt in der Theorie Krugs, die Annahme des dolus subsequens, sucht Glaser[2]) zu vermeiden. Er hatte erkannt, dass hier die angreifbarste Stelle in der Theorie Krugs läge. Er geht sonst auf demselben Wege wie dieser vor, indem auch er es vermeidet, die Unterlassung für kausal zu erklären. Glaser greift[3]) ein der Unterlassung voraufgegangenes positives Tun heraus und sucht dieses als kausal für den Erfolg zu erklären. Wenn ein Kutscher, der die Pferde angetrieben und es versäumt, diese zum Stehen zu bringen, als er einen Mann im Wege liegen sieht, und wenn jemand, der die Schleuse geöffnet und sie zur rechten Zeit nicht wieder geschlossen hat, dann betrachtet Glaser als die eigentliche Ursache des eingetretenen Erfolges — des Überfahrens bezw. der Überschwemmung — das Antreiben der Pferde und das Öffnen der Schleuse. Das eigentlich Kausale ist also die der Unterlassung vorausgehende Tätigkeit gewesen. Die Frage ist von ihm schief gestellt: Nach unserer Meinung darf er nicht fragen: ist das voraufgegangene Tun kausal?, sondern: musste der Unterlassende mit Rücksicht auf das vorausgegangene Tun die Gefahr abwenden?. Glaser übersieht, dass ein positives Handeln der Unterlassung nicht notwendig vorauszugehen braucht, das stimmt nur für die von ihm aufgeführten Fälle.

1) Vgl. v. Rohland S. 10.
2) S. 289 ff.
3) Vgl. v. Rohland S. 14.

Insoweit geht Glaser mit Krug zusammen und müsste logisch auf den dolus subsequens kommen; dies vermeidet er dadurch, dass er das Verhalten des Täters von dem Augenblick an, in dem er zum Objekt der Verletzung in eine „tatsächliche Beziehung" tritt, bis zu dem, wo der Bestand oder Nichtbestand der Verletzung von seiner Willkür völlig unabhängig geworden ist, als ein Ganzes betrachtet und den dolus auf den Anfang der Handlung zurückbezieht. Der Dolus verleiht dadurch, dass er den Handelnden antreibt, der getroffenen Vorbereitungshandlungen sich zu bedienen, diesen Vorbereitungshandlungen rückwirkend den verbrecherischen Charakter. Dadurch werden diese an sich straflosen Vorbereitungen strafbare, verbrecherische Vorbereitungen. Dieser dolus — und deshalb müsse vor der Annahme eines dolus subsequens gewarnt werden — könne aber nur bis zu einem gewissen Zeitpunkte eintreten, nämlich bis von der Unterlassung ein Erfolg nicht mehr abhängen könne, bis sie abgeschlossen sei.[1]) Seine Lehre gipfelt in den von ihm als Grundsatz aufgestellten Worten:[2])

Eine schuldhafte Unterlassung bewirkt, dass derjenige, welchem sie zur Last fällt, für den durch sein (an sich unsträfliches) Handeln herbeigeführten, zum Tatbestand eines Deliktes gehörigen Erfolg, verantwortlich gemacht und als Urheber desselben bestraft wird.

Die übrigen Punkte seiner Theorie, dass das Versprechen, für die Gefahr einstehen zu wollen, als verursachend angesehen werden könne,[3]) dass das vorausgegangene Tun in Verbindung mit der Unterlassung kausal sei, sind bei der Kritik der Lehre Krugs schon erörtert

---

1) S. 303 a. a. O.

2) Vgl. auch v. Bar S. 110.

3) Zu dem Versprechen der Garantie gesellt sich nach Glaser noch der Umstand, dass, wenn jemand einen andern bestimme, sich in Gefahr zu begeben, dies für den erfolgten Tod des Menschen in faktischen Beziehungen stände. Vgl. auch v. Rohland S. 25.

worden. Er verwechselt ebenso, obwohl er eine gegenteilige Ansicht ausspricht, Schuld und Kausalität. Finger bemerkt zu seiner Lehre von der rückwirkenden Kraft des dolus mit Recht,[1]) dass Glaser den Handlungsbegriff unnatürlich überspannt. Es ist diese Lehre von der rückwirkenden Kraft des dolus noch durch einige Sätze zu veranschaulichen: Wollte man einen dolus subsequens anerkennen, so kann mit demselben Rechte der dolus antecedens anerkannt werden. Beide führen aber, konsequent durchgeführt, zu den ungeheuerlichsten Folgerungen und lassen eventl. zu, dass völlig straflose Vorbereitungshandlungen als Qualifikationsgründe angesehen werden: Es steigt jemand in ein Zimmer ein. Erst dort fasst er den Entschluss, sich eine fremde, bewegliche Sache rechtswidrig anzueignen. Nach Glaser würde dieser dolus das Einsteigen zu einer verbrecherischen Handlung stempeln, und es würde nicht der Tatbestand des § 242 R. St. G. B., sondern der des § 243 : 2 R. St. G. B. vorliegen. Ich gehe mit jemanden auf die Jagd in der Absicht, da dieser mein Nebenbuhler ist, ihn zu erschiessen. Auf der Jagd entladet sich zufällig mein Gewehr und trifft meinen Begleiter tötlich. Obwohl auf meiner Seite nur Fahrlässigkeit vorliegt, so hafte ich nach Glaser trotzdem für Vorsatz. Denn der verbrecherische Wille, meinen Begleiter zu töten, hat meine Vorbereitungshandlungen beherrscht, und da die Handlung schon von dem Augenblick an, in dem ich zu meinem Begleiter in „tatsächliche Beziehung“ trat, also wo ich ihn aufforderte, mit mir auf Jagd zu gehen, als einheitliche Handlung anzusehen ist, so werde ich als doloser Urheber des Todes verantwortlich gemacht.

Ich habe zu Hause versehentlich Gift liegen lassen. Ich verlasse mein Haus, und unterwegs fällt mir ein, dass ich das Gift liegen gelassen habe. In diesem Augenblick kommt mir der verbrecherische Gedanke, wenn doch A. in mein Zimmer ginge und in der Meinung, dass das Gift

1) Lehrbuch S. 287.

etwas anderes sei, das Gift nähme. Ich gehe nach Hause, und inzwischen, vom Augenblick an, wo ich den dolus gefasst habe und meiner Ankunft zu Hause, hat A. das Gift genommen und ist gestorben. Auch in diesem Falle werde ich wegen vorsätzlicher, nicht fahrlässiger, Tötung haftbar gemacht.

Die Beispiele[1])[2]) mögen die Unhaltbarkeit der Theorie Glasers erläutern.

Ferner: Ich begegne einem Diebe und nehme ihm die gestohlenen Sachen weg, um sie dem rechtmässigen Eigentümer zurückzugeben. Nachher fasse ich den Entschluss, sie für mich zu behalten. Ich werde nicht wegen Unterschlagung, sondern wegen Diebstahles, eventl. Raubes bestraft.

c) Die Theorie Merkels.

Merkel geht auf demselben Wege wie die vorgenannten Autoren vor.[3]) Auch er betrachtet das der Unterlassung vorausgehende aktive Verhalten des Unterlassers, dessen Unterlassung juristisch als Null erscheine, als kausal. Er vermeidet jedoch den Fehler Krugs, einen dolus subsequens anzuerkennen, und den Fehler Glasers, dem dolus rückwirkende Kraft zu verleihen. Nach seiner Lehre kann das vorausgehende Handeln nur dann dem Unterlasser zugerechnet werden, wenn er die Integrität des andern in zurechenbarer Weise auf die Vornahme der entsprechenden Handlungen gestellt hat. Jedenfalls muss nach seiner Lehre die Schuld, die er in der Voraussehbarkeit des Erfolges sieht, zur Zeit des vorausgehenden Tuns vorhanden gewesen sein. Doch darauf ist kein Wert zu legen: Es kommt nicht darauf an, ob ich zur Zeit der der Unterlassung vorangehenden aktiven Tätigkeit, die übrigens nicht

---

1) Vgl. dazu die Beispiele bei Binding a. a. O. und bei v. Rohland S. 25.

2) Vgl. v. Bar S. 111.

3) S. 81 ff.

immer vorhanden ist,[1]) die Folgen voraussah; sondern massgebend ist allein die Voraussehbarkeit zur Zeit der Unterlassung. Ich habe für manche Folgen einzustehen, welche im Augenblick der positiven Handlung noch garnicht vorauszusehen waren. v. Rohland veranschaulicht dies an einem Beispiele: Jemand wirft eine Laterne um und setzt so das in einer Scheune befindliche Stroh in Brand. Er hat dann die Verpflichtung, das Feuer auszulöschen. Wenn er dieser Verpflichtung nicht nachkommt, dann hat er für die Folgen einzustehen. Diese Folgen konnte er aber noch nicht voraussehen, als er die Laterne anzündete; dies war erst möglich, als er es unterliess, das Feuer zu löschen. Er hatte die Verpflichtung, die der Scheune drohende Gefahr abzuwenden, solange die durch seine Tätigkeit hervorgerufene Ursache in Bewegung war.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass es auf die Voraussehbarkeit garnicht ankommt. Ich muss oft für Folgen meiner Handlungen oder Unterlassungen einstehen, die ich garnicht voraussehen konnte.

d) Die Theorie v. Bars.

v. Bar[2]) bekennt sich zu der von Glaser und Merkel vertretenen Anschauung. Seine Lehre ist aber ausserordentlich unklar entwickelt, sodass er oft die Anschauung der Kausalität der Unterlassung zu vertreten, bald sich zur gegenteiligen Ansicht zu bekennen scheint.[3]) Er greift wie seine Vorgänger eine vorangegangene Tätigkeit heraus, der er auch eine übernommene Verpflichtung gleichsetzt. Während eine Handlung ein Verhalten sei, das der „Regel nach" verantwortlich mache, sei die Unterlassung ein Verhalten, welches der Regel nach nicht verantwortlich mache. Um die Frage zu beantworten, wann die Unterlassung jemand verantwortlich mache, müsse die

1) S. 22 des Textes.
2) S. 99 ff.
3) v. Rohland S. 44.

Frage so gestellt werden: „Wann ist die Unterlassung ausnahmsweise „regelwidrig"?"

Die Gründe hierfür findet v. Bar, wie auch seine Vorgänger, in der der Unterlassung vorausgehenden Tätigkeit, der er auch eine übernommene Verpflichtung gleichsetzt.

Wenn v. Bar den Satz aufstellt: „Nur die regelmässigen Folgen einer Handlung oder Unterlassung stehen mit dieser in Kausalzusammenhang", so folgt daraus, dass er die vorausgehende, positive Tätigkeit als Kausa betrachtet. Wenn jemand z. B. vor seinem Hause einen Graben aufwirft, dann aber unterlässt, Vorsichtsmassregeln gegen Unfälle zu treffen, wie das Aufstellen von Warnungstafeln oder Zäunen, dann sei die erste Veranstaltung ohne die nachfolgenden Vorsichtsmassregeln nicht „der Regel des Lebens" entsprechend. Die Unterlassung sei juristisch gleich Null, daher könne die wahre Ursuche einer eingetretenen Verletzung nicht die Unterlassung sein, sondern die Ursache sei in dem vorherigen, der „Regel des Lebens" nicht entsprechenden Tun zu finden.

Es kommt bei v. Bar also darauf an, dass die Schuld schon bei der vorausgehenden Tätigkeit vorhanden ist.[1])

In gewissen Fällen könne der dolus subsequens den Kausalzusammenhang herstellen, so z. B., wenn jemand unterliesse, die Kellertür zu schliessen, und dieses Versehen ihm nachher einfiele, dann würde ihm, wenn jemand herunterfiele, eine vorsätzliche Tat imputiert, sofern er den dolus hatte, dass jemand dort herunterfiele. Er erkennt also für gewisse Fälle den dolus subsequens an.

An einer Stelle spricht er von der unrichtigen, vollständigen Trennung der Kausalitätsfrage vom dolus und der kulpa, obwohl er an einer andern Stelle ausdrücklich hervorgehoben hat, dass die Frage nach dem Verschulden von der Frage nach der Kausalität scharf zu scheiden sei.

Für den Begriff „Regel des Lebens" kann er eine für alle Verhältnisse feststehende Formel nicht geben. Deshalb

1) Vgl. S. 25/26 des Textes.

ist diese Formulierung, die kein objektives Recht, wie Sturm[1]) sagt, enthält, völlig inhaltlos und weder für die Kausalität noch sonst von Nutzen.[2])

Die letztgenannten Autoren, Krug, Glaser, Merkel und v. Bar, haben eins gemeinsam, sie verneinen die Kausalität der Unterlassung und suchen diese in vorausgegangenen Momenten zu finden. Wären diese vorausgegangenen Handlungen kausal, dann müsste der Erfolg, da einmal eine Ursache gesetzt ist, auch von selbst, ohne Zutun, eintreten. v. Liszt[3]) bemerkt dazu mit Recht, dass sie mit einem Hauptgrundsatze der Schuldlehre dadurch in unlösliche Widersprüche gerieten: Schuld muss im Augenblicke der Willensbetätigung vorliegen.

3. Die Theorien, die die Kausalität in die Unterlassung selbst verlegen.

a) Die Theorie v. Buris.

Eine andere Gruppe von Autoren verlegt die Kausalität nicht in ein der Unterlassung vorangehendes Moment, sondern in die Unterlassung selber. Der Schöpfer dieser Theorie ist v. Buri.[4]) v. Buri sucht die Kausalität der Unterlassung dadurch zu erklären, dass er ein Vernichten abhaltender Bedingungen annimmt, und zwar müssten diese Bedingungen vom Unterlassenden selbst gesetzt sein.

Ein Kausalzusammenhang sei nicht blos dann anzunehmen, wenn ein beabsichtigter Erfolg angestrebt werde, sondern auch dann, wenn die entgegenwirkenden Ursachen vernichtet würden.

Deshalb sei nicht nur die Tätigkeit kausal, welche direkt das Fortschreiten des Kausalverlaufs nach dem Ziel veranlasse, sondern auch die, die das Fortschreiten in-

1) S. 80.

2) Vgl. Binding, Normen I S. 39 Anm. 85.

3) S. 134 unter III (§ 30).

4) Vgl. im Literaturverzeichnis die verschiedenen aufgeführten Schriften v. Buri's.

direkt in der Weise befördere, dass sie die Hindernisse, die der Weiterentwicklung desselben im Wege ständen, aus dem Wege räumte oder es zur Entstehung derselben nicht kommen lasse.

Wenn jemand[1]) einen Gendarmen durch Bestechung veranlasse, eine Tätigkeit zu unterlassen, dann verursache er, dass der Gendarm den Willen, einen Erfolg abzuwenden, in sich nicht aufkommen lasse oder wieder aufgäbe. Die dem Willen adäquate Tätigkeit, welche den Erfolg verhindert hätte, unterbliebe also. So werde derjenige, der den Willen eines Andern beeinflusst habe, kausal. Genau dasselbe sei anzunehmen, wenn jemand seinen eigenen Willen in der angegebenen Weise beeinflusst habe.

v. Buri stellt den Satz auf:

„Der Wille, den Erfolg abzuwenden, und die demselben adäquate Tätigkeit erscheint als eine dem Erfolge entgegenwirkende Kausa, und es muss darum die Unterdrückung dieses Willens bezw. die Verhinderung der Entstehung desselben als Beseitigung einer dem Erfolge entgegenwirkenden Kausa und somit selbst als eine Kausalität angesehen werden, welche die Haftbarkeit für den nicht abgewendeten Erfolg nach sich zieht."

Diesen Satz schränkt v. Buri insofern ein, dass er, abgesehen von der Vernichtung des Abwendungswillens, noch eine den Erfolg fördernde vorausgegangene Tätigkeit verlangt,[2]) es sei jedoch, weil diese Forderung sonst zu weit führen würde, darauf zu achten, dass der Unterlassende erkannt hatte oder erkennen konnte, dass seine der Unterlassung vorausgehende Tätigkeit im Begriffe stehe, den Erfolg herbeizuführen.

Gegen diese Theorie v. Buris lässt sich einmal mit Recht einwenden, dass der Abwendungswille nicht notwendig immer vorhanden ist, man denke an die Fälle der Fahr-

1) v. Buri G. S. 1869 S. 189 ff., v. Rohland S. 53.

2) Vgl. die Lehre von Glaser, an die sich v. Buri hier teilweise anzuschliessen scheint.

lässigkeit, des Verschlafens, des Vergessens, des Nichtdarandenkens, z. B. der Bahnwärter verschläft, die Weiche zu stellen, und der Zug entgleist. In allen diesen Fällen ist ein Abwendungswille überhaupt gar nicht vorhanden gewesen und kann daher auch nicht vernichtet werden.

Dann aber ist der Wille ein innerer Vorgang, er bleibt im Innern des Menschen. Abgesehen davon, dass er schwer nachzuweisen wäre, bleibt das Bedenken übrig: das Strafrecht bestraft nicht den Willensentschluss, den Vorgang im Seelenleben des Menschen, sondern die Betätigung dieses Willens.

Von Buri hat sich davon auch überzeugen lassen, dass der Abwendungswille nicht notwendig immer vorhanden sei. Deshalb hat er eine Fiktion dahingehend aufgestellt, dass der Abwendungswille als vorhanden angesehen werde. Die Anwendung von Fiktionen ist im Recht, und ganz besonders im Strafrecht, gefährlich.

Deshalb hat v. Buri seine Theorie modifiziert: An die Stelle der Unterdrückung des Abwendungswillens hat er die Unterdrückung des Pflichtbewusstseins gesetzt. Diese Unterdrückung fasst er als Folge eines inneren Vorgangs auf, als psychischen Vorgang.[1])

Dieser neuen Theorie lässt sich entgegenhalten, dass die Unterdrückung des Pflichtbewusstseins eine Schuld darstellt, sie bedeutet keine Kausalität. Dadurch, dass ich mein Pflichtbewusstsein — übrigens eine vage Formel, kein feststehender allgemeingiltiger Begriff[2]) — unterdrücke, begehe ich eine Schuld.[3]) v. Buri verfällt also in den Fehler, dass er, entgegen der von ihm aufgestellten Forderung einer Unterscheidung von Schuld und Kausalität, die Begriffe Schuld und Kausalität zusammenwirft.

1) Vgl. Boyé S. 13.

2) Der Begriff Pflichtbewusstsein ist ebenso wie der des Rechtsgefühls kein allgemein feststehender. Er ist von den Anschauungen der Umgebung des Menschen abhängig.

3) v. Rohland S. 102.

b) Die Theorie Horns.

Ähnlicher Ansicht wie v. Buri ist Horn.[1])[2]) Bei der Untersuchung des Problems, wie die Unterlassungsdelikte zu konstruieren seien, müsse man sich darüber klar werden, dass von einem eigentlichen Bewirken und Verursachen selbstverständlich nicht gesprochen werden könne. Gelinge es, im Unterlassungsverbrechen einen Willensvorgang nachzuweisen, der durch seine Tätigkeit einen sonst zur Verhinderung des Erfolgs vorhandenen Machtfaktor zum Hindern unfähig mache, dann habe man den Kausalzusammenhang, den man hier zu fordern berechtigt sei.

Dies vermöge allein die Theorie von Buri's. Bei dieser Theorie liege die Hauptschwierigkeit im Nachweis desjenigen Machtfaktors, der den Erfolg beseitigt haben würde, wenn dessen Entfaltung nicht durch die Willensaktion vernichtet worden wäre. Dieser Faktor sei der Pflichttrieb, die Pflichtvorstellung. Wo ein fremder Wille in der von der Seele aufgenommenen Pflichtvorstellung eine wirkliche Macht geworden sei, könne man auch davon sprechen, dass der Wille, der gegen diese fremde Willensmacht auftrete, eine Kausalität enthalte. Sei der fremde Wille der sittliche (von der Gottheit, der Kirche, Allgemeinheit eingepflanzte), dann entstehe bei der Verhinderung seiner Wirksamkeit das Gefühl der moralischen Kausalität hinsichtlich eines mit der Pflichtvernachlässigung zusammenhängenden Erfolges.

Handle es sich um den Willen einer Privatperson, dann entstehe die zivilrechtliche Kausalität. Der Wille des Staates, als öffentliches Pflichtgebot in die Seele seiner Angehörigen versenkt, erscheine als die Macht, die der Verfügung des Einzelnen entzogen sei, deren Verdrängung daher im Auge des Staates als die Beseitigung einer ihm gebührenden Energie gelten könne, als die Verdrängung natürlicher oder menschlicher Kräfte ausserhalb der Psyche jenes Einzelnen.

---

1) G. S. Bd. 53 S. 56 ff. und Bd. 54 S. 321 ff.

2) Ähnlich auch Janka S. 72.

Horn weist am Schlusse seiner Ausführungen auf Kohler hin und schliesst seine Betrachtungen: „der Unterlassende legt den in ihm lebenden gemeinsamen Willen lahm".

Horn entwickelt seine Gedanken in engstem Anschluss an v. Buri. Die Unrichtigkeit seiner Theorie ergibt sich daher aus den Bemerkungen über v. Buri. (Über Kohlers Ansicht vgl. S. 41/42 d. Textes.)

c) Die Theorie Ortmanns.

Zu v. Buris Gegnern gehört in erster Linie Ortmann. Sein wissenschaftlicher Streit[1]) mit v. Buri ist bekannt. Die Grundauffassung v. Buris, in der Unterlassung selbst das kausale Moment zu sehen, greift er jedoch nicht an, er geht zum Teil auch von demselben Gesichtspunkte aus.

Wenn v. Buri in seiner ersten Theorie als abhaltende Bedingung den Abwendungswillen auffasst, so weicht Ortmann in dieser Beziehung von ihm ab: Er fasst die Abwendungshandlung, welche nachher unterlassen wurde, als abhaltende Bedingung auf. Damit die Unterlassung kausal sei, müsse der Unterlassende die unterlassene Handlung selbst durch sein vorheriges, aktives Verhalten als eine dem Erfolge entgegenwirkende Bedingung gesetzt haben. Durch das vorherige, positive Verhalten müsse der Unterlassende aber bei Andern die Erwartung, dass er eine, den in Frage stehenden rechtswidrigen Erfolg verhindernde, Handlung vornehmen werde, erregt haben, sodass diese im Vertrauen hierauf nicht für die Abwendung des Erfolges sorgten.

Der Unterlassende habe dann ein Verhalten bekundet, durch das er Dritte zu dem Glauben verleitete, dass er entschlossen sei, den verletzenden Erfolg zu verhüten.

So habe er die infolgedessen unterlassene Verhütung des Erfolges zur Bedingung des Nichteintritts dieses Erfolges gemacht. Ortmann verlangt also, dass zur Zeit der positiven

---

1) Vgl. die im Literaturverzeichnis unter Ortmann angegebene Literatur.

Handlung bei Andern eine Erwartung erregt und infolge dieser Erwartung das Vertrauen erweckt sei, dass ein rechtswidriger Erfolg verhindert werde; er verlangt, dass eine psychische Einwirkung auf die Andern stattfinde.

Die Theorie konsequent durchgeführt würde zur Folge haben, dass der Unterlasser zu bestrafen wäre, der unbewusst in andern die Erwartung erregt hat, er werde den Erfolg verhüten, wenn wider sein Wissen durch seine Handlungen für den Erfolg eine Bedingung gesetzt würde. Mit Recht führt v. Buri[1]) an, dass diese Theorie die Fälle nicht decke, in denen der Verletzte von der Vornahme seiner Handlungen nichts weiss. Die Theorie deckt nicht die Fälle, in denen von einer psychischen Einwirkung überhaupt nicht die Rede sein kann, weil niemand da ist, auf den eingewirkt werden kann: denken wir an den Fall, dass jemand die Schleuse öffnete und es unterlässt, sie wieder zu schliessen. Die Theorie müsste, folgerichtig durchgeführt, zu der Annahme einer sogenannten psychischen Kausalität[2]) kommen: durch die vorausgegangene Handlung wird ein Irrtum, dass die Handlung den Erfolg verhüten werde, erregt, es wird so eine psychische Bedingung gesetzt.[3])

---

1) G. S. 1875 S. 180 ff.

2) Vgl. darüber Aldosser S. 58 und v. Rohland S. 58.

3) Wenn Ortmann zu der Annahme einer psychischen Kausalität käme, so würden wir dieser seiner Meinung auch nicht folgen können. Auf dem Standpunkt der Annahme einer psychischen Kausalität stehen Geyer S. 124 ff. und Aldosser S. 98 ff. Nach Aldosser verursacht der Brückenwärter, der an einer schadhaften Brücke aufgestellt ist, und die Leute nicht warnt, dadurch ihren Tod, dass er in ihnen den Irrtum erregt, dass die Brücke passierbar sei. Sein Schweigen enthalte die Behauptung eines gefahrlosen Durchgangs. v. Rohland S. 51 bemerkt dazu mit Recht, dass dies nicht psychische, sondern physische Urheberschaft bedeute. Wenn jemand erkennt, dass auf Grund der von ihm bewusster willkürlicher Weise beherrschten Erscheinungsformen und Verhältnisse sich Bedingungen für den strafbaren Erfolg ergeben, und wenn er diese Bedingungen in bewusster Weise für den Erfolg wirken lässt, dann objektiviert sich — nach Aldosser — sein Wille als ein den Erfolg fördernder in diesen Bedingungen. Wenn der Wächter den Brand in der Nacht bemerkt

d) Die Theorie Hälschners.

Hälschner sieht die Unterlassung dann als kausal an, wenn sie mit einem vorangegangenem Handeln in Verbindung getreten ist. Diese vorausgegangene Tätigkeit dürfe aber nicht lediglich darin bestanden haben, dass der Unterlassende es unternehme, den Erfolg zu verhindern, sondern die Tätigkeit müsse gleichzeitig den Eintritt des Erfolges gefördert haben. Der Unterlassende müsse dadurch, dass er es übernommen habe, einen möglicherweise eintretenden Erfolg abzuwenden, andere Menschen veranlasst haben, die Bedingungen des Erfolges zu setzen in der Erwartung, dass der Eintritt des Erfolges verhindert werde, oder auch in der Weise, dass er ein anderes Hindernis dadurch, dass er sich selbst als solches hinstellt, beseitigt.[1]) Auch Hälschner[2]) konstruiert die Kausalität der Unterlassung als Beseitigung eines dem Erfolge entgegenstehenden Hindernisses nach geschehener Förderung desselben. Dieses Hindernis besteht in einer Tätigkeit. Diese Tätigkeit könne beispielsweise bestehen in der Übernahme eines Amtes.[3]) Dem ist

---

und kein Zeichen gibt, dann lässt er eine seiner faktischen Disposition unterstehende Bedingung in bewusster, willkürlicher Weise wirken. Die Wirksamkeit dieser Bedingung ist ihm daher zuzurechnen. Aldosser weicht also darin von v. Buri und dessen Anhängern ab, dass er nicht das körperliche Verhalten des Unterlassenden einem Erfolge gegenüber, sondern die Beziehung betrachtet, in der er zu den zum Erfolge hinwirkenden Bedingungen stehen kann. Aldosser vermag durch diese Konstruktion nicht zu erklären, wie das Wirkenlassen in ein Wirken umgewandelt wird.

1) Vgl. v. Rohland S. 58 ff.

2) S. 237 ff.

3) Hälschner teilt die Kommissivdelikte in zwei Gruppen: a) es hat jemand schuldlos positive Bedingungen für einen rechtwidrigen Erfolg gesetzt, später erkennt er, dass ein schädlicher Erfolg droht. Dann unterlässt er es, seinen Willen beizubehalten. Er verwandelt seinen schuldlosen Willen in einen schuldhaften. Infolge dieses schuldhaften Willens unterlässt er die hindernde Tätigkeit. b) Die Voraussetzung ist kein schuldloses Handeln, sondern die Wahrnehmung eines unabhängig von uns und ohne unser Zutun sich entwickelnden kausalen Verhältnisses, in Erkenntnis des Zieles. Soll hier die Kausalität der Unterlassung nach-

entgegenzuhalten, dass die Amtsübernahme noch garnicht eine abhaltende Bedingung verkörpert, sondern nur die Möglichkeit enthält, dass eine abhaltende Bedingung entsteht.

Was die in Anm. 3a geschilderte Konstruktion anlangt, so erscheint nach Hälschner das Unterlassen als Handlung, durch die eine dem rechtsverletzenden Erfolge entgegenwirkende Tätigkeit aufgehoben wird, ein Hindernis seines Eintritts beseitigt wird. Dieses Hindernis sieht Hälschner in der Tätigkeit, welche sonst in der durch die schuldlose Absicht bestimmten Richtung verlaufen wäre. v. Rohland führt hiergegen mit Recht an, dass die Tätigkeit, welche gehemmt werde, jedenfalls nicht die äussere Handlung sei, die der Unterlasser vorgenommen habe. Im Gegenteil, der Unterlassende lasse seine Tätigkeit fortwirken. Es läge kein Hemmen, sondern vielmehr ein unterlassenes Hemmen vor. Der Reiter, der sein Pferd nicht anhält, als er ein Kind am Boden liegen sieht, lässt seine im Fluss befindliche Tätigkeit fortwirken, er unterdrückt nur den Willensimpuls, der ihn antreibt, sein Pferd anzuhalten.

e) Die Theorie Bindings.

Binding[1]) tritt in Gegensatz zu den Theorien, die in den vorausgehenden Handlungen ein kausales Moment nachzuweisen suchen. Das Wesen der vom Unterlasser früher vorgenommenen Handlung bestünde jedoch nicht in einer Verursachung, sondern darin, dass sich der Unterlassende mittels ihrer als eine zur Abhaltung bestimmter, schädlicher Erfolge wirkende Bedingung aufstelle. Wäre sie Verursachungshandlung gewesen, dann würde der Erfolg haben eintreten müssen, auch ohne dass z. B. der Richter, der Gefängniswärter, später ihres Amtes nicht geachtet hätten. Denn wenn eine Ursache gesetzt sei, trete

---

gewiesen werden, so ist nötig, dass die vorausgehende Tätigkeit irgendwie fördernd gewesen ist, das wird in der Art geschehen, dass er ein anderes Hindernis dadurch beseitigt, dass er sich selbst als solches hinstellt.

1) S. 342 ff.

der Erfolg ohne weiteres Zutun des Urhebens ein. Aber damit nicht genug: Niemand könne durch Vernichten der abhaltenden Bedingung, die er gesetzt hat, Urheber[1]) einer Veränderung werden. Es müsse dazukommen, dass er ausserdem eine positive Bedingung für den Eintritt des Erfolges gesetzt habe, oder er müsse den Wegfall vom Erfolge abhaltender Bedingungen verursacht oder die Entstehung anderer den Erfolg abhaltender Bedingungen gehindert haben.[2]) Eine dieser drei Erscheinungen müsse notwendig vorhanden sein, damit von einer Kausalität der Unterlassung geredet werden könne. Oft könne jedoch die Handlung beispielsweise eine Förderung und Hinderung des schliesslich eingetretenen Erfolges enthalten, so z. B. wenn der Schwimmer einen schwachen Gefährten veranlasst habe, sich dem Strome anzuvertrauen, dann ihm den Gurt, den sich dieser aus Vorsicht umgeschnallt hatte, nehme und mit ihm ins Wasser springe, ehe der zur Mitfahrt bereite Kahn Zeit habe, ihnen zu folgen. Die Handlung enthalte also gleichzeitig eine Förderung und eine Hinderung des schliesslich eingetretenen Erfolges. Die Hinderung — das Setzen der abhaltenden Bedingung — müsse nach Absicht des Handelnden ein Äquivalent für die Förderung — das Schaffen der positiven oder Vernichten der negativen Bedingungen — bilden. Diese Absicht müsse sich realisieren, falls es zu einer sogenannten Unterlassungshandlung kommen solle. Die Förderung könne in der verschiedenfachsten Weise sich vollziehen, durch Überredung Anderer, sich gefährlichen Lagen auszusetzen, durch Abhalten Anderer, sich der Gefahr entgegenzustellen, überhaupt durch jedes Setzen einer fördernden und durch jedes Vernichten einer abhaltenden Bedingung, worin schon die Verhinderung der Entstehung solcher eingeschlossen liege.

Es könne nicht scharf genug betont werden, dass ein Verursachen dadurch nicht möglich sei, dass sich jemand

1) Vgl. die drei Fälle auf S. 234 in den Normen II.
2) Vgl. die Beispiele auf 238.

zur abhaltenden Bedingung mache und als solche später nicht fungiere, während er nicht zugleich irgendwie den Eintritt des Erfolges gefördert habe. Es liege keine Handlung, sondern eine reine Unterlassung vor, wenn jemand der Mutter eines tollkühnen Schwimmers, der ihren Bitten, Vorsichtsmassregeln anzuwenden, kein Gehör schenkt, hinter seinem Rücken verspricht, ihm zu helfen und dann — selbst in böswilligster Absicht — die Hilfeleistung unterlässt. Der Schwimmer wäre doch geschwommen und genau so tollkühn und wagehalsig. Die Entschlüsse des Andern, ihm zu helfen und ihm nicht zu helfen, höben sich als Bedingungen auf. So habe der Andere zum Erfolge nichts beigetragen.

Hinter der Unterlassung verberge sich eine doppelte Handlung. Der eine Teil der Handlung läge in dem Zerstören der Funktionsfähigkeit der abhaltenden Bedingung:[1]) Es hat sich jemand als abhaltende Bedingung zwischen Gefahr und Gefährdeten geschoben; er fasst den Entschluss, nicht mehr als abhaltende Bedingung zu fungieren: damit vernichtet er sich selbst als den Erfolg abhaltende Bedingung und erleichtert es den zum Erfolg hinwirkenden Bedingungen, das Übergewicht über die abhaltenden zu bekommen. Ferner, die Vernichtung der im eigenen Willen gesetzten abhaltenden Bedingung könne eine den Eintritt des schädlichen Erfolges fördernde Bedeutung nur haben, wenn die zerstörte Schranke Äquivalent war für die Förderung, die der Zerstörer früher selbst dem Eintritt des schädlichen Erfolges hat zuteilwerden lassen.

Ist sie dies gewesen, dann muss die Vernichtung den Charakter der Förderung des Erfolges haben. Um zu veranschaulichen, wie gerade die Unterlassung verursache, führt Binding folgendes Beispiel an:

In einem Steinbruch dicht an der Fahrstrasse hat ein Steinhauer ein Sprengloch geschlagen, es mit Pulver gefüllt, die Lunte gelegt und angezündet. Er begibt sich

1) S. 249.

nun an einen geschützten Punkt, um die Passanten zu warnen.

Er hat nun zwar die Ursache zu einer Explosion schon gesetzt. Allein diese Explosion ist für Menschen völlig ungefährlich, falls sie sich nicht gerade an der Sprengstelle aufhalten. Die Ursache der Explosion ist also solange nicht Ursache der Tötung, als Menschen von der gefährlichen Stelle abgehalten werden. Um der Explosionsursache diesen ihren Charakter rein zu erhalten, beschliesst der Steinhauer, als Warner zu dienen.

Sobald er nun nicht weiter warnt, und die Schranke, die er selbst zwischen Lunte und Leben der Mitmenschen aufgeführt hat, niederreisst, gibt er dadurch, dass er die Lunte nicht auslöscht und den Eintritt von Menschen in den von ihm vorbereiteten Explosionsbereich duldet, der Ursache der Explosion zugleich die tötliche Eigenschaft.

Es leuchtet ein — so schliesst Binding —, dass gerade die sog. Unterlassung verursacht, nämlich den tötlichen Erfolg der Explosion.

Bindings Lehre ist dogmatisch so gut durchgearbeitet, dass es schwer fällt, sie zu widerlegen: Nach Binding wird der Hausbesitzer, der der Knebelung eines Gefangenen entgegentritt und verspricht, ihn zu bewachen, haftbar gemacht, wenn er seinem Versprechen zuwider die Bewachung des Gefangenen unterlässt, so dass dieser entweicht. Der Hausbesitzer hat nach Bindung die Entstehung einer abhaltenden Bedingung vernichtet, und hat sich selbst als solche aufgestellt. Diesen Ausführungen Bindings wird mit Recht entgegengehalten, dass der Grund der Haftbarkeit nicht in der kausalen Tätigkeit, sondern in der Verletzung der übernommenen Verpflichtung liegt. Der Hausbesitzer hatte versprochen, den Gefangenen zu bewachen. In der Nichterfüllung der übernommenen Verpflichtung liegt der Grund seiner Verantwortlichkeit. Für die Kausalität ist es belanglos, ob der Hausbesitzer einer übernommenen Verpflichtung zuwider gehandelt hat oder nicht. v. Rohland

führt aus, dass[1])[2]) der Hausbesitzer, wenn er gebeten hätte, den Gefangenen nicht zu fesseln, ohne die Pflicht der Bewachung zu übernehmen, doch auch der Entstehung einer abhaltenden Bedingung entgegengetreten sei. Nichtsdestoweniger treffe ihn keine Verantwortung. Entscheidend für die Haftbarmachung sei bei Binding also nicht das kausale Verhalten. Der Mensch, der einen handlungsfähigen Menschen bestimme, eine Handlung oder Unterlassung zu begehen, sei keineswegs als Ursache des Erfolges zu betrachten.

Ferner kann der Abwendungsentschluss keine abhaltende Bedingung darstellen, denn es würde sonst eine kulpose Begehung ausgeschlossen sein, denn diese wäre nur in der Art denkbar, dass der Abwendungsentschluss fahrlässiger Weise vernichtet würde. Der Abwendungsentschluss bleibt aber doch bestehen, wenn jemand vergisst oder verschläft, eine Tätigkeit auszuüben. Der Entschluss bleibt bestehen, man hat nur versäumt, ihn auszuführen.

Der grösste Fehler Bindings liegt u. E. daran, dass der Abwendungsentschluss bereits eine negative Bedingung enthalten solle. Mit vollem Rechte ist dem entgegengehalten worden, dass in analoger Anwendung beim Begehungsverbrechen der Enschluss, einen Erfolg herbeizuführen, eine zum Erfolg hinwirkende Bedingung darstelle. Damit würde aber die Straffähigkeit des blossen rechtswidrigen Willens anerkannt.

Auch diese Theorien, die in der Unterlassung das kausale Moment nachzuweisen suchen, führen zu keinem befriedigenden Ergebnis. Es muss vor allem, auch Binding gegenüber, daran festgehalten werden, dass das „Kausalgesetz“ nur mit Veränderungen in der Aussenwelt zu tun hat. Daraus ergibt sich, dass eine Bewertung der Handlung diese nicht kausal, sondern nur schuldhaft erscheinen lässt.

---

1) Vgl. insbesondere die Kritik Bindings bei v. Rohland S. 64 ff.
2) Vgl. auch unsere Ausführungen zu v. Buris Lehre.

f) Die Theorie Haupts.

Eine teilweise Kausalität der Unterlassung erkennt Haupt[1]) an. Er geht zur Begründung seiner Theorie in Anlehnung an Schopenhauer und teilweiser Anlehnung, wenigstens in den Ausgangspunkten, von Sigwart aus. Der Mensch sei kein Stein oder Klotz, der keine Wirkung ausübe, solange er ruhe.[2]) Es gebe eine dreiteilige Erscheinungsform der Kausalität. Einmal als Ursache im engsten Sinne, nach welcher die Erscheinungen im unorganischen Reiche erfolgen, dann als Reiz, der das organische Leben als solches beherrscht, und schliesslich als Motiv, das das eigentliche animalische Leben, also das Tun leitet.[3]) Aber keine Ursache genüge, ihre Wirkung ganz und gar hervorzubringen, die letztere setze sich vielmehr aus zwei Faktoren zusammen, einem innern und einem äussern, nämlich aus der ursprünglichen Kraft dessen, worauf gewirkt wird, und aus der bestimmenden Ursache, welche jene nötigt, sich jetzt hier zu äussern. Bei den Motiven sei diese hervorgerufene Kraft der Wille. Aber nur bei der dritten Erscheinungsform bilde die Untätigkeit, wo das Subjekt die Macht zum Handeln hatte und von seinem Verhalten der Erfolg abhing, eine Bestimmung des für den betreffenden Erfolg kausalen Zustandes. Wenn der Mensch einen Bleistift herunterfallen sähe und nicht zugriffe, ihn am Fallen zu hindern, dann habe er das Herunterfallen des Bleistifts verursacht. Die Untätigkeit eines Menschen sei dann für den Erfolg kausal, wenn er die Macht gehabt hätte, in den Kausalverlauf einzugreifen, und wenn er dann seinen Willen nicht zum Eingreifen bestimmt hätte. Wie jede einzelne Bestimmung herausgegriffen und als Ursache im engern Sinne bezeichnet werden könne, so sei man auch berechtigt, das Nichttun als Ursache der eingetretenen Naturbegebenheit zu bezeichnen.

1) S. 533 ff.
2) Vgl. darüber Sturm S. 82 und unsere Ausführungen über Luden.
3) Vgl. Schopenhauer S. 254, vgl. auch Boyé a. a. O.

Die Theorie Haupts scheitert daran, dass er einen Unterschied macht zwischen der Kausalität beim Menschen und der Kausalität in der übrigen Natur: es ist für den Verlauf eines Vorgangs völlig gleichgültig, ob er sich vor einem Stein oder Klotz oder vor einem Menschen abspielt.

Der Mensch, der die Macht zum Handeln und Eingreifen hatte, kann, wenn er einer Verpflichtung zuwider eine Tätigkeit unterlassen hat, zur Verantwortung gezogen werden, aber er hat nicht verursacht. Haupt verwechselt somit Schuld und Kausalität.

g) Die Theorie Kohlers.

Eine eigenartige Lehre von dem Kausalismus der sozialen Ordnung stellt Kohler[1]) auf. Die bisherigen Kausalitätstheorien hätten nicht genügend berücksichtigt, dass auf dem Gebiete des Deliktes, wie auf dem Gebiete der rechtlichen Betrachtung überhaupt, nicht der blosse Naturkausalismus, sondern der Kausalismus der sozialen Ordnung massgebend sei, und dass nach der Art der sozialen Ordnung dieser Kausalismus sich verschiedenfach gestalten könne. Wenn die Staatsordnung den A. aufstelle, um gewissen schädlichen Zuständen entgegenzutreten, so sei die Staatsordnung und ihre Vorschrift auch eine Macht, welche im Bereiche des Geschehens ihre Bedeutung habe. Die soziale Ordnung sei eines der wichtigsten Elemente unter den Faktoren des Geschehens; es verhalte sich hiermit wie mit einer Maschinerie, bei welcher ein Rad bestimmte Funktionen habe.

Die kausierende Natur des Unterlassens ergebe sich aufs klarste: wer die von der sozialen Ordnung eingefügte Tätigkeit, auf welche die soziale Ordnung behufs Erreichung ihrer Interessen baue, unterliesse, der nehme ein Rad aus dem Getriebe der sozialen Ordnung heraus.

Das Unterlassen kausiere daher allüberall da, wo die soziale Ordnung einen Menschen auf einen Posten gestellt habe,

1) S. 45 ff.

um als Glied in der Kette des sozialen Mechanismus tätig zu sein. Die Frage könne daher nur die sein, wann die soziale Ordnung den Einzelnen dazu bestimme, als Mitglied des sozialen Mechanismus in die Gestaltung der Dinge einzugreifen. „Dies ist" — so führt Kohler aus — „eine Frage der historischen Kulturentwicklung. Daher kann die Frage der Unterlassungsdelikte immer nur nach dem betreffenden historischen Kulturstande beantwortet werden." Nach Kohler müsste demnach die Kausalität beständig wechseln, je nach der Kultur des Volkes; dem ist entgegen zu halten:

Die Kausalität ändert sich nicht, mag auch die Kultur und das Leben des Volkes wechseln. Was heute kausal ist, ist noch nach tausenden von Jahren kausal; was bei einem Volke kausal ist, muss auch bei dem andern Volke kausal sein. Das Kausalgesetz ist ein festes, auf Ursache und Wirkung gegründetes, Gesetz.

Was sich im Laufe der Zeiten ändert, das ist die Anschauung von Recht und Unrecht. Greife ich in die soziale Ordnung ein, dann handele ich rechtswidrig. Dieser Eingriff in die soziale Ordnung kann bei einem andern Volke vielleicht nicht als Eingriff in die soziale Ordnung aufgefasst werden. Der Begriff der Schuld ist wandelbar. Kohler verwechselt also Kausalität und Schuld.

Die Rechtswidrigkeit ist aber niemals Voraussetzung der Verursachung, sondern nur Bedingung der Strafbarkeit.

h) Die Theorie Landsbergs.

Zum Schluss sei noch die Lehre Landsbergs[1]) vorgetragen, der im Ergebnis die von uns vertretene Anschauung wesentlich nahe kommt.

Landsberg steht auf dem Standpunkte, dass der Unterlassung als solcher einfach deshalb Kausalität für das Ereignis zukomme, weil ohne sie dasselbe nicht eingetreten wäre, oder vielleicht genauer gefasst, wenn ohne sie dasselbe nicht eingetreten wäre. Er fasst also dann das

1) S. 102 ff.

Handeln eines Menschen als kausal auf, wenn der Mensch die Möglichkeit hatte, den Erfolg abzuwenden. Seine Lehre lässt sich in den kurzen Satz kleiden: „Wer zusieht, verursacht!“

Diese Lehre hat v. Buri bekämpft mit den Worten: „Hiernach würde jeder Mensch kausal sein, welcher den Erfolg hätte hindern können, jedoch nicht gehindert hat.“ Wenn v. Buri dies Ergebnis so erschreckend findet, dann können wir ihm darin nicht beistimmen. Von v. Buris Standpunkt, der, wie wir gezeigt haben, Schuld und Verursachung nicht scharf genug scheidet, ist es allerdings zu verstehen, wenn ihm diese Ansicht Landsbergs befremdlich erscheint. Wir müssen vielmehr letzterem beistimmen, dass das Ergebnis einfach und für die Praxis verwertbar ist, und dass wir an ihm nichts Befremdliches finden. Denn wir machen einen Unterschied zwischen verursachen und schuldhaft verursachen, und es ist zu bedenken, dass zu dem „Zusehen“ noch das Moment der Schuld hinzutreten muss, damit der Mensch verantwortlich gemacht werden kann. Die Theorie Landsbergs ist von den Theorien, die die Kausalität der Unterlassung anerkennen, die einwandfreiste. Hat sie sich doch von dem Irrtum einer Vermengung von Schuld und Verursachung freigemacht.

Nur ein schwerwiegendes Bedenken haben wir gegen die Ansicht Landsbergs.[1] [2])

Wir fassen die Kausalität als wirkende Kraft auf, die in die Aussenwelt tritt und dort Veränderungen und Wirkungen hervorruft. Das kann aber die Unterlassung niemals! Sie ist juristisch gleich Null und hat nicht die Fähigkeit, in die Aussenwelt einzugreifen.

Wenn wir oben gesagt haben, dass wir im Ergebnis Landsberg[3]) sehr nahe kommen, dann bedeutet das nur, dass wir die Fälle, in denen er Kausalität annimmt,

---

1) Vgl. auch Ofner bei Grünhut Bd. 18 S. 594 ff.

2) Dagegen Hippel: Strafrechtswissensschaft Bd. 9 S. 727 ff.

3) Vgl. auch Frank zu § 1 II.

auch so betrachten, zwar nicht als kausal, aber dass wir die Unterlassung als kausal bezeichnen in der Erwägung, dass ein anderer Erfolg eingetreten wäre, wenn zu den vorhandenen Kräften noch ein bestimmtes, aktives Verhalten eines Menschen hinzugekommen wäre.[1]) Es sind nur Konzessionen gegenüber dem Sprachgebrauch, wenn wir derartige Fälle als kausal bezeichnen.

B. Die nicht verursachende Unterlassung als selbständiges Delikt.

Alle Versuche, die Unterlassung als kausal nachzuweisen, haben zu keinem befriedigenden Ergebnis geführt. Wir müssen daher darauf verzichten, die Unterlassung als kausal zu betrachten. Kausal sein bedeutet, Wirkungen und Veränderungen in der Aussenwelt hervorbringen. Dazu ist aber beim Menschen nur die positive Tätigkeit geeignet. Die Unterlassung ist ein Nichts, sie kann nichts hervorbringen. Daher verursacht nur die Körperbewegung, die Unterlassung niemals.

Wir sehen daher davon ab, die Unterlassung in irgend welcher Weise für kausal zu erklären, da sich nur an wirklich vorgehende Veränderungen Wirkungen anschliessen können. Die Behauptung, dass ein Kausalzusammenhang vorliegt, ist auch das Urteil, dass es in einem andern Falle anders gekommen wäre. Wir fällen das Kausalitätsurteil auf Grund der Vorstellung, dass etwas die Veränderung eines Zustandes hätte verhindern können.

Wenn wir bei einem Begehungsdelikt, um die Kausalität festzustellen, nach der richtigen Kausalitätslehre[2]) die

---

1) Vgl. dazu Finger a. a. O.

2) Wir vertreten die Ansicht Mills, und halten diese Theorie für die einzig richtige im Strafrecht. Nur für die durch den Erfolg qualifizierten Delikte halten wir die Anwendung der sogenannten adäquaten Kausalitätstheorie für nötig. Gegenüber diesem Zwiespalt ergibt sich de lege ferenda die Forderung der Aufhebung der Erfolgshaftung.

Frage so stellen müssen: Können wir uns die Körperbewegung wegdenken, ohne dass der Eintritt des eingetretenen Erfolges entfallen müsste?, so haben wir bei einem Kommissivdelikt durch Unterlassung die Frage so zu stellen:

Können wir uns ein anderes Handeln denken, das einen andern Erfolg herbeigeführt hätte?

Wir haben so nicht die Kausalität der Unterlassung: Wie wir gesehen haben, ist sie nicht imstande, Wirkungen hervorzubringen. Aber wir können jetzt das Kausalitätsurteil abgeben, dass ein Handeln einen andern Erfolg herbeigeführt hätte.

Nach diesen Erörterungen können wir die Unterlassung als kausal bezeichnen, da wir sicher sind, nicht dahin missverstanden zu werden, dass wir annehmen, die Unterlassung sei eine wirkende Kraft. Es ist nun freilich v. Liszt zuzugeben, dass, wenn man von einem Bewirken durch Unterlassen spricht, dies auf einem ungenauen Sprachgebrauch beruht, da die in unserer Erkenntnis sich vollziehende Verknüpfung von Ursache und Wirkung beim Unterlassen einen völlig anderen Gegenstand hat als beim Tun.

Trotzdem halten wir mit Rücksicht auf den Sprachgebrauch des Lebens es für richtiger, diese Ausdrucksweise auch in der Strafrechtswissenschaft beizubehalten, die Streitfrage ist nur rein terminologischer, nicht grundsätzlicher Natur.

Wenden wir dies Ergebnis auf die oben erörterten Beispiele an: in unserm Sinne hat die Mutter, die ihrem Kinde die Nahrung zu geben unterlässt, zweifellos seinen Tod verursacht, denn wir konnten uns ein anderes Verhalten der Mutter vorstellen. Der Bahnwärter, der den Felsblock von den Schienen nicht beseitigt, hat das Eisenbahnunglück verursacht, denn wir konnten uns vorstellen, dass er den Erfolg abwenden würde. Aber auch der Mensch, der am Ufer steht, und dem Ertrinkenden nicht die Hand reicht, hat den Tod des Menschen verursacht:

Konnten wir uns doch ein anderes Handeln von ihm vorstellen.[1])[2])

Wenn das Recht von Verursachen spricht, dann ist unter diesem Verursachen immer ein schuldhaftes Verursachen gemeint. Das Vorhandensein der Schuld zur Zeit der Begehung des Deliktes ist der oberste Grundsatz des Strafrechtes. Ebenso muss zur Zeit der Unterlassung die Schuld vorhanden gewesen sein.

Daher muss die oben aufgestellte These eine Einschränkung erfahren: Wenn wir jemandem ein durch Unterlassung begangenes Kommissivdelikt zurechnen wollen, dann müssen wir die Frage aufwerfen:

Konnte und musste der Unterlassende anders handeln?

Auch v. Liszt[3]) steht auf diesem Standpunkt, wenn er sagt, dass die Frage zu lauten hat: Wann ist das Unterlassen rechtswidrig? v. Liszt sieht ein der Kausalität ähnliches Moment in der Möglichkeit der Abwendung des Erfolges. Franks Einwand, dass v. Liszt lediglich die Rechtswidrigkeit der Unterlassung betone, ist daher nicht stichhaltig. Kommen wir nach diesen Abschweifungen auf unser Thema zurück. Durch Unterdrücken wahrer Tatsachen, durch Verschweigen kann dann ein Betrug begangen werden, wenn der Täuschende anders handeln konnte und musste. Die Frage, ob er anders handeln konnte, ist im wesentlichen Tatfrage; die Beantwortung der Frage, ob er anders handeln musste, hängt davon ab, ob eine Pflicht zum Reden für ihn bestand.

Wann eine Pflicht zum Reden vorliegt, mit andern Worten, wann das Verschweigen rechtswidrig ist, wollen

1) Vgl. auch Zitelmann Grundriss S. 161: „Würde ein entsprechendes Handeln das Gegenteil bewirkt haben?"

2) Vgl. auch Traeger S. 72: „Hätte ein Handeln gewisser Art den Eintritt des Erfolges verhindert?"

3) Wie v. Liszt auch Boyé, R. Löning und die andern angegebenen Autoren. Vgl. v. Liszt S. 137. Ebenso im Prinzip auch Finger S. 289; vgl. auch die bei Finger in Anm. 374 zitierten Autoren.

wir im folgenden untersuchen. Wir haben im vorstehenden nur die Frage der Kausalität der Unterlassung betrachtet, in den folgenden Teil gehört die Frage nach ihrer Rechtswidrigkeit; während sich die Frage nach der Kausalität des Verschweigens nicht von der Frage nach der Kausalität der übrigen Unterlassungsdelikte trennen lässt, da es nur eine Kausalität gibt, so lässt sich die Frage nach der Rechtswidrigkeit des Verschweigens gesondert erörtern.

IV. Die Rechtswidrigkeit des Verschweigens.

1. Verletzung im Gesetze ausdrücklich oder stillschweigend aufgestellter Pflichten.

Wir haben im vorstehenden die These aufgestellt, dass das Verschweigen dann den Tatbestand des Betruges ausmacht, wenn es rechtswidrig ist. Es würde über den Rahmen der Arbeit hinausgehen, die ausserordentlich umstrittene, und gerade jetzt neuerdings vielfach aufgeworfene Frage nach dem Begriff der Rechtswidrigkeit zu erörtern,[1]) die Frage soll nur insoweit hier behandelt werden, als es zum Verständnis des Nachfolgenden nötig erscheint.

Unter „Rechtswidrigkeit" verstehen wir alles das, was wider das Recht ist. Den Gegensatz bildet rechtmässig, ein Ausdruck, der sich in einigen Vorschriften des Gesetzes vorfindet.[2]) Das Strafrecht gebraucht den Ausdruck rechtswidrig mehrfach,[3]) das B. G. B. z. B. nur an einer Stelle, in § 227, in dem es von einem rechtswidrigen gegenwärtigen Angriff, gegen den Notwehr zulässig ist, spricht.[4])

1) Vgl. Graf zu Dohna a. a. O., Hold v. Ferneck a. a. O., Zitelmann in Archiv Bd. 99, Weyl a. a. O.

2) § 376: 3, § 1242 B. G. B.

3) z. B. R. St. G. B. §§ 123, 240, 246, 303 . . .

4) Der Ausdruck rechtswidrig findet sich nur einmal, dagegen die synonymen Ausdrücke widerrechtlich, pflichtwidrig mehrfach.

Man hat in der Literatur oft die Frage behandelt, ob die rechtswidrige Handlung gegen das objektive oder das subjektive Recht verstösst.[1]) Wir meinen, dass eine Handlung, die gegen ein subjektives Recht verstösst, auch notwendig gegen das objektive Recht verstossen muss. Nach richtiger Ansicht beruht das subjektive Recht auf dem objektiven Rechte, der Rechtsnorm. Folglich muss jede Handlung, die gegen das subjektive Recht verstösst, zugleich gegen das objektive Recht verstossen.

Nun kann es aber auch Handlungen geben, die gegen das objektive Recht verstossen, ohne ein subjektives Recht zu verletzen, da nicht jeder objektive Rechtssatz ein subjektives Recht umfasst. Sind diese Handlungen auch rechtswidrig?

Zur Einschränkung des Begriffs „widerrechtlich" auf die subjektiven Rechte liegt nach Weyl kein Grund vor. Sonst wäre, wie Weyl ausführt, die besondere Hervorhebung der Widerrechtlichkeit[2]) in § 823 Abs. 1 B. G. B. — wie sie mit Recht in Absatz 2 vermieden sei — überflüssig, weil dort ohnedies ausdrücklich in den Worten „oder ein sonstiges Recht" von anerkannten subjektiven Rechten die Rede sei. Dieses Argument allein würde noch nichts — nach unserer Meinung — bedeuten. Ebenso könnte man sagen, dass das Bürgerliche Gesetzbuch hier eine Tautologie zu verzeichnen hätte, wie sie sich auch in andern Stellen des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorfindet.[3])

Ganz deutlich zeigt das Gesetz aber, dass eine widerrechtliche Handlung immer gegen das objektive Recht verstossen muss, in B. G. B. § 858, hier heisst es:

„Wer dem Besitzer, ohne dessen Willen den Besitz entzieht, oder ihn im Besitze stört, handelt, sofern nicht

1) Für die Praxis vgl. R. G. 50, 66 und Motive zu E. I zu § 704 (§ 823 d. Ges.).

2) Ebenso R. G. Bd. 50, 66.

3) Dagegen bedeutet der Ausdruck „Wahre Tatsache" in § 263 R. St. G. B. keine Tautologie. „Wahr" (rectius: wirklich) ist hier unentbehrlich als Gegensatz zu „falsch".

das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet, widerrechtlich."

Die Handlung ist also widerrechtlich, wenn das Gesetz sie nicht gestattet, wenn sie wieder das objektive Recht ist. Wir bezeichnen also diejenige Handlung als rechtswidrig, die gegen die Rechtsnorm verstösst. Wir haben im vorstehenden vorweggenommen, dass die Begriffe widerrechtlich und rechtswidrig identisch sind, denn auch der Begriff widerrechtlich besagt, dass ein Verhalten wider das Recht sei. Ebenso bedeutet der Begriff pflichtwidrig dasselbe, wie die beiden vorgenannten Ausdrücke. Bezeichnet man ein Tun oder Unterlassen als pflichtwidrig, dann beurteilt man die Handlung vom Standpunkt des Verpflichteten. Durch das Recht ist mir eine Pflicht auferlegt. Komme ich dieser Pflicht nicht nach, dann handele ich pflichtwidrig; da ich diese Handlung also gegen das Gesetz ausübe oder unterlasse, so handle ich ebenfalls rechtswidrig. Wir verstehen also unter rechtswidrigem, widerrechtlichem oder pflichtwidrigem Handeln ein Handeln, das gegen das Gesetz verstösst, das vom Gesetz verboten ist. Es macht dabei keinen Unterschied, ob das Strafrecht oder ein sonstiges Rechtsgebiet die Handlung verbietet. Die Handlung ist rechtswidrig in jedem Falle. Es macht nur hinsichtlich der Rechtsfolgen einen Unterschied, ob die Handlung gegen das Strafrecht oder das B. G. B. z. B. verstösst: Das Strafrecht knüpft an eine rechtswidrige Handlung die Strafe, das B. G. B. z. B. Schadensersatz, Nichtigkeit oder sonstige Rechtsfolgen.

Man bezeichnet diese oben angegebenen Fälle als Fälle der sogenannten objektiven Rechtswidrigkeit — hierher gehören auch die Fälle, in denen nach Ansicht einiger Autoren ein Verstoss nur gegen subjektives Recht vorliegt —; unter subjektiver Rechtswidrigkeit versteht man das Verschulden. Zwischen dem Begriff Widerrechtlichkeit im objektiven Sinne und Verschulden ist aber scharf zu scheiden. Das B. G. B. spricht z. B. in §§ 530 Abs. 2 und 2339 Abs. 1 von einem widerrechtlichen und vorsätzlichen Hindern oder

Töten und zeigt dadurch deutlich, wie auch vom Reichsgericht[1]) anerkannt ist, dass der Begriff Widerrechtlichkeit im objektiven Sinne nicht gleichzeitig ein Verschulden enthält.

In der Literatur[2]) und auch in der Praxis[3]) — wenigstens in der Rechtsprechung der Appellationsgerichte und des Obertribunals — findet sich die Anschauung vertreten, dass in dem Verschweigen einer Tatsache ein Unterdrücken derselben überall da gefunden werden könne, wo für den Schweigenden eine besonders dringende Veranlassung zum Sprechen vorgelegen, also nicht bloss dann, wo jemand eine vollkommen rechtliche Pflicht hatte,[4]) zu sprechen sondern auch, wo solches durch die Rücksicht der Redlichkeit im gewöhnlichen Geschäftsverkehr geboten war.[5]) Gegen diese Anschauung wendet sich Haager.[6]) Im Ergebnis stimmen wir mit ihm überein. Wenn Haager diese Rücksicht auf die Redlichkeit, auf die Moral, für eine zu allgemein gehaltene und unbestimmte Formel ansieht, so ist dies zweifellos richtig. Das Entscheidende aber ist für uns, dass Rücksichten auf die Moral, die Ethik, niemals Rechtspflichten zu begründen vermögen. Denn Recht und Moral sind von einander völlig verschieden.[7]) Das Recht hat die Aufgabe,[8]) ein gedeihliches, äusseres Zusammenleben der Menschen zu ermöglichen, es hat seine Aufgabe erschöpft, wenn es einen Zustand geschaffen hat, in dem die Menschen gemeinsam für einander eintreten und zusammenstehen. Es kommt dabei dem Recht nicht darauf an, warum, aus welcher Gesinnung heraus, der Einzelne dies tut, ob aus Nächstenliebe oder

1) Vgl. die Ausführungen des Textes weiter unten; R. G. 50 S. 66.
2) So Oppenhoff und Rommel.
3) S. 13 des Textes zu vgl.
4) Dagegen auch R. G. 19, 161, Rechtspr. 3, 476.
5) Stenglein, Zeitschrift Bd. 9 S. 223.
6) S. 583.
7) Hold v. Ferneck S. 304.
8) Vgl. dazu die grundlegenden Ausführungen von Stammler in: Die Lehre vom richtigen Rechte S. 76 ff.

Egoismus. Die Ethik geht dagegen auf Vervollkommnung und Läuterung des Innenlebens des Menschen; sie will die Ziele und Absichten, aus denen heraus der Mensch handelt, rein und vollkommen machen. Wenn auch das B. G. B. z. B. in einigen seiner Paragraphen von Verstössen gegen die guten Sitten spricht, so bedeutet das keineswegs, dass darunter Verstösse gegen die Ethik, die Sittenlehre, zu verstehen sind, sondern es bedeutet — es mag dieser Ausdruck gesetzestechnisch vielleicht schlecht gewählt sein — Verstösse gegen den Grundgedanken des Rechtes, den Gemeinschaftsgedanken!

So bilden Recht und Moral einmal einen gewissen Gegensatz, dann aber haben sie auch ein gleiches Gebiet zu verwalten. Daraus folgt, dass eine Handlung des Menschen von zwei Gesichtspunkten aus betrachtet werden kann und muss: Eine Handlung eines Menschen kann moralisch schlecht sein, während sie rechtlich einwandsfrei dasteht. Man denke nur an den reichen Mann, der einen armen Kranken am Wege liegen sieht und unbekümmert um ihn weiterfährt! Er handelt moralisch schlecht, denn nach den Gesetzen der Ethik musste er sich des Armen und Elenden erbarmen, rechtlich handelt er einwandsfrei, denn es besteht kein rechtliches Gebot, die Armen zu unterstützen.

Ebenso kann eine Handlung moralisch gut und vom Gesetze verboten sein. Dieser Fall ist theoretisch denkbar, denn, wenn auch das Recht einen „Versuch zum Richtigen" darstellt, so kann es doch inhaltlich schlechtes und unrichtiges Recht geben. Der Gesetzgeber hat die Macht, eine moralisch richtige Handlung zu verbieten und sogar mit Strafe zu belegen. Es vermag also nur eine rechtliche Verpflichtung zum Aufklären den Tatbestand des Betruges zu erfüllen. Es macht dabei keinen Unterschied, ob diese Verpflichtung ausdrücklich oder stillschweigend, ob sie speziell oder generell ausgesprochen ist. Ferner ist es ohne Belang, aus welchem Gebiete der Rechtsordnung diese

Verpflichtung sich herleitet, ob sie dem Strafrecht oder einer sonstigen Materie des öffentlichen oder privaten Rechtes entnommen ist.

Bei der Eigenart des Betruges, der hauptsächlich — aber nicht ausschliesslich — in oder bei Abschluss von Vertragsverhältnissen vorkommt, werden gerade die meisten Pflichten zur Aufklärung dem Recht des B. G. B. angehören. Nehmen wir folgenden Fall an:

A gibt dem B den Auftrag, ihm ein Pferd zum Preise von nicht mehr als M. 1500,— zu besorgen. Er übergibt ihm vor der Besorgung des Pferdes das Geld mit der Weisung, nach Erledigung des Auftrages ihm das Pferd zuzuschicken. B hat das Pferd für M. 1000,— gekauft und schickt es dem A zu, dieser schreibt an B, dass er das Pferd erhalten habe, und er solle ihm Rechnung legen, falls er weniger für das Pferd verauslagt habe, damit er — B — ihm - A — das Geld zurückerstatten könne. B schweigt darauf und A hält die Sache für erledigt, weil er denkt, dass das Pferd M. 1500,— gekostet habe und so die Beziehungen zu B erledigt seien.

B hat einen Betrug begangen: Dadurch dass er schweigt und dem A nicht antwortet, unterdrückt er die wahre Tatsache, dass das Pferd Mk. 1000,— gekostet habe. A's Irrtum, dass er von B gewissenhaft bedient werde, wird aufrecht erhalten und bestärkt. Infolgedessen fordert er von B die Mk. 500,— nicht zurück und erleidet so einen Vermögensnachteil, während sich B einen rechtswidrigen Vermögensvorteil verschafft. Die herrschende Lehre verlangt zwischen Irrtum und Vermögensbeschädigung eine Vermögensdisposition des Getäuschten, da der Irrtum niemals unmittelbar eine Vermögenbeschädigung bewirken könne. Diese Vermögensdisposition [1]) ist durch positive Handlungen wie durch Unterlassungen denkbar. Bei einer Vermögens-

1) Ferner verstehen wir unter rechtswidrigem Vermögensvorteil, einen Vorteil, der in Geld abschätzbar ist, und auf den der andere einen rechtlich begründeten Anspruch nicht hatte. Vgl. dazu Frank ebenda.

disposition durch Unterlassung — die auch im vorliegenden Falle anzunehmen ist — wäre ohne die Täuschung eine positive Disposition getroffen, so z. B. Nichteinklagen einer Forderung, Nichtzurückfordern einer geliehenen Sache. A fordert also infolge des Irrtums das Geld nicht zurück und trifft so die „negative" Vermögensdisposition. B hat aber unbedingt den Irrtum des A unterhalten. Ein Kausalzusammenhang in unserem Sinne zwischen seiner Unterlassung und der Unterhaltung und dem Fortbestehen des Irrtums bei A ist gegeben, denn wir konnten uns vorstellen, dass er den A aufklären würde. Ferner ist seine Unterlassung rechtswidrig, denn nach B. G. B. § 666 war er verpflichtet, nach der Ausführung des Auftrages auf Verlangen dem A Rechenschaft abzulegen. Es bestand für ihn also eine im Gesetze ausdrücklich aufgestellte Verpflichtung, den A aufzuklären. Da er die Aufklärung pflichtwidrig unterliess, ist durch seine Unterlassung ein Betrug begangen worden.

Es gehören weiter hierher die Fälle, in denen jemand zur Rechnungslegung verpflichtet ist und bei der Rechnungslegung etwas verschweigt. In vielen Fällen — vorausgesetzt, dass die Täuschung von den in § 266 St. G. B. genannten Personen verübt ist — wird Idealkonkurrenz zwischen § 263 und § 266 Abs. 2 St. G. B. anzunehmen sein.[1]) Mit Rücksicht darauf, dass bei einem Vergehen gegen § 263 St. G. B. auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann,[2]) wird die Bestrafung immer aus § 263 St. G. B. zu erfolgen haben, da im Sinne des § 73 St. G. B. § 263 St. G. B. als das Gesetz, welches die schwerste Strafe androht, anzusehen ist; die Bestrafung aus § 263 St. G. B. wird auch wegen § 264 St. G. B. unter Umständen von Wichtigkeit sein.

Der Vormund und Gegenvormund, die bei ihrer Rechnungslegung etwas verschweigen, der Ehemann, der in

1) Ebenso Frank zu § 266 VII, Olshausen § 266 No. 16 a.

2) Vgl. Finger: „Sind die angedrohten Höchstmasse gleich, dann sind jene Strafen als schwerer anzusehen, welche neben der Haupt- noch aus einer Nebenstrafe bestehen."

gewissen Fällen der Ehefrau gegenüber zur Rechnungslegung verpflichtet ist, und dann etwas verschweigt, sie alle begehen einen Betrug, vorausgesetzt, dass die andern Tatbestandsmerkmale des § 263 R. St. G. B. vorliegen, denn für alle genannten Personen besteht eine ausdrücklich im B. G. B. aufgestellte Verpflichtung zum Aufklären.[1]) Weitere Fälle finden sich in der Zivilprozessordnung.[2])

Es liessen sich diese Fälle noch beliebig vermehren, insbesondere durch Heranziehung des Handels-[3]) und Konkursrechtes.[4]) Es mag genügen, die Fälle hier anzuführen, besonders mit Rücksicht darauf, dass in der Literatur über diesen Punkt eine Meinungsverschiedenheit nicht herrscht.[5])

Aber auch die Fälle, in denen nicht bestimmt, sondern nur allgemein im B. G. B. oder in andern Gesetzen die Handlung als rechtswidrig bezeichnet ist, vermögen eine Verpflichtung zum Handeln zu begründen. An sich würde § 823 Abs. 1 B. G. B. hier zu erwähnen sein: wie wir oben ausgeführt haben, sind die gegen § 823 Abs. 1 verstossenden Handlungen widerrechtlich. Es lässt sich also aus § 823 Abs. 1 ein Verbot ableiten, derartige Handlungen zu begehen.

Freilich lässt sich für unser Thema eine Rechtspflicht aus § 823 Abs. 1 B. G. B. nicht ableiten, da nach richtiger und auch vom Reichsgericht anerkannter Ansicht das Vermögen durch § 823 Abs. 1 B. G. B. nicht geschützt ist.

§ 823 Abs. 2 B. G. B. kommt hier gleichfalls nicht zur Anwendung, denn er setzt voraus, dass gegen ein (den Schutz eines andern bezweckendes) Gesetz verstossen ist. Die objektive Rechtswidrigkeit der Handlung ergibt sich

1) Vgl. dazu B. G. B. §§ 260, 402, 444, 666, 675, 681, 744, 799, 1214, 1374, 1421, 1546, 1667, 1681, 1778, 1799, 1839, 1891, 2003, 2005, 2012, 2027/28, 2057, 2218, 2362.

2) Z. P. O. §§ 836, 840.

3) H. G. B. § 101.

4) K. O. § 100.

5) So insbesondere v. Liszt, Frank, Olshausen, Finger a. a. O. Vgl. auch Kaehler S. 54.

daher aus dem Verstoss gegen das Gesetz, nicht aus § 823 Abs. 2 B. G. B. Für andere Fälle, in denen für die Begründung der Rechtswidrigkeit der Unterlassung nach einer Verletzung einer gesetzlich aufgestellten Pflicht gesucht wird, ist jedoch § 823 Abs. 1 B. G. B. anwendbar.

Es steht weiter in Frage, ob vielleicht aus § 826 B. G. B. eine Pflicht zum Handeln abzuleiten ist, mit andern Worten, ob § 826 B. G. B. ein Verbot enthält. § 826 B. G. B. lautet:

„Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem andern vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem andern zum Ersatze des Schadens verpflichtet."

Auf den ersten Blick könnte es scheinen, als ob das Gesetz dadurch, dass es an den Tatbestand des § 826 B. G. B. eine Schadensersatzpflicht anknüpft, die Handlung als eine verbotene und darum rechtswidrige ansieht. Diese Meinung können wir nicht als richtig anerkennen. Wenn das Gesetz Strafe als Folge einer Handlung (oder Unterlassung) anknüpft, dann ist unbedingt der Rückschluss berechtigt, dass die Handlung verboten ist. Der Schadensersatz ist jedoch keine Strafe. Während die Geldstrafe in das Vermögen des Schuldigen eingreift, will der Schadensersatz ausgleichen. Grundsätzlich ist der frühere, vor dem schädigenden Ereignis liegende, Zustand wieder herzustellen. Der Schadensersatz soll die Bereicherung auf der einen Seite und den Verlust auf der anderen ausgleichen.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass das Gesetz an viele offenbar nicht rechtswidrige Handlungen eine Schadensersatzpflicht anknüpft. Man braucht nur an die Fälle der Nothilfe und der Vertretung für fremdes Verschulden zu denken. Die Handlungen, für die hier Ersatz zu leisten ist, sind offenbar nicht rechtswidrige Eingriffe des Ersatzpflichtigen in das Vermögen des Geschädigten.

Ebensowenig kann der Umstand, dass § 826 B. G. B. in B. G. B. Titel 25: „Unerlaubte Handlungen" aufgenommen ist, uns zu der Meinung verleiten, dass die Handlungen oder Unterlassungen aus B. G. B. § 826 rechtswidrig

seien. Gerade in dem Titel „Unerlaubte Handlungen" finden sich Vorschriften, wie §§ 833, 835, in denen von einer rechtswidrigen Handlung nicht die Rede sein kann.

Zitelmann[1]) fasst die gegen § 826 B. G. B. verstossenden Handlungen deshalb als rechtswidrige auf, weil hier der Vorsatz als Voraussetzung der Schadensersatzpflicht gefordert wird, und meint, dass das Gesetz damit deutlich zeige, dass es die Handlung, weil es sie missbillige, verbiete und hindern wolle. Wir können uns dieser Meinung nicht anschliessen. Das Gesetz scheidet scharf zwischen subjektiver und objektiver Rechtswidrigkeit. Dies ergibt deutlich B. G. B. § 823 Abs. 1, in dem neben den Begriffen vorsätzlich und fahrlässig noch der Begriff widerrechtlich hervorgehoben ist. Das Gesetz hat also, wie auch in der Literatur anerkannt wird, eine scharfe Scheidung der objektiven und subjektiven Momente beabsichtigt.

Wenn wir trotzdem aus § 826 B. G. B. ein vom Gesetz aufgestelltes Verbot herauslesen, so tun wir dies mit Rücksicht auf § 138 B. G. B. Hier ist gesagt, dass Rechtsgeschäfte, die gegen die guten Sitten verstossen, nichtig sind. Das Recht erkennt solche Handlungen also nicht an. Das Gesetz verpflichtet den Richter, im Prozesse, auch beim Nichterscheinen des Beklagten, diese Nichtigkeit zu berücksichtigen. Das nichtige Geschäft ist rechtlich nicht vorhanden. Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig. § 125 B. G. B. Aus der einfachen Tatsache, dass das Rechtsgeschäft nichtig sein soll, wird man nun nicht schliessen dürfen, dass das Gesetz derartige Rechtsgeschäfte verbietet. Es muss noch, damit diese in der Mitte zwischen den verbotenen und erlaubten Handlungen stehende rechtlich freie Handlung als eine verbotene angesehen werden kann, geprüft werden: warum lässt das Gesetz die Handlung nichtig sein? Kommt man bei dieser Prüfung zu dem Schlusse,

1) Archiv Bd. 99 S. 5.

dass dies nicht nur aus Rücksichten auf den Verkehr geschehen ist, sondern weil das Gesetz mit seinem Grundgedanken andernfalls in Widerspruch treten würde, dann ist die Folgerung berechtigt, dass das Gesetz diese Handlung verbietet. Eine gegen den Grundgedanken des Rechts verstossende Handlung muss also rechtswidrig sein. Wenn wir mit Rudolf Stammler — wie wir auf S. 69 näher ausführen werden — als Grundgedanken des Rechts den Gemeinschaftsgedanken ansehen, dann müssen wir eine gegen § 138 B. G. B. verstossende Handlung als gegen den Grundgedanken des Rechtes verstossend und darum als rechtswidrig bezeichnen.

Die nichtige Handlung vermag nichts hervorzubringen, eine Bestätigung der nichtigen Handlung gilt als erneute Vornahme. Die anfechtbare Handlung ist zunächst giltig, es hängt von dem Verhalten des Anfechtungsberechtigten ab, ob er die Handlung anfechten will. Die Folge dieser Anfechtung ist dann, dass die Handlung als von Anfang an als nichtig angesehen wird. Wir fassen also eine Handlung, die vom Gesetz als nichtig in ihrem Erfolge bezeichnet wird, mit der soeben entwickelten Einschränkung als rechtswidrig auf. Im Gegensatz hierzu stellen wir die nur anfechtbare Handlung, die wenigstens allein dadurch, dass sie anfechtbar ist, noch nicht rechtswidrig wird.

Da wir somit die gegen § 138 B. G. B. verstossenden Handlungen als verboten und rechtswidrig erklärt haben, so müssen wir auch auf diesem Umwege zur Bejahung der Frage kommen, ob die in B. G. B. § 826 bezeichneten Handlungen als rechtswidrig anzusehen sind. Wir würden sonst zu dem Ergebnis gelangen, dass sittenwidrige Handlungen aus § 138 B. G. B. rechtswidrig, dagegen aus § 826 B. G. B. nicht rechtswidrig wären. Mit diesem Ergebnis stimmen wir mit der sich an Planck anschliessenden herrschenden Lehre überein.[1] Nur einen Vorwurf, der insbesondere von

1) Planck Bd. 1 zu § 226 No. 1 S. 376, Cosack § 163 III 2 c S. 594, v. Staudinger erste Aufl. zu § 226 No. 3. Anderer Ansicht Goltdmann-

Oertmann hervorgehoben wird, müssen wir noch zurückweisen, dass nämlich diese Auslegung des § 826 B. G. B. in Widerspruch stünde mit der des § 226 B. G. B., dass dann die Einfügung des § 226 ganz ohne Bedeutung sein würde. § 226 B. G. B. bestimmt, dass die Ausübung eines Rechtes, die nur den Zweck haben kann, einem andern Schaden zuzufügen, unzulässig ist. § 226 B. G. B. stellt also ein Verbot auf, derartige Handlungen zu begehen. Man hat den dem § 226 B. G. B. zu Grunde liegenden Gedanken dahin bezeichnet, dass der Rechtsmissbrauch verhütet werden solle.

Das Verhältnis von B. G. B. § 826 zu § 226 ist bestritten; wir meinen im Recht zu sein, wenn wir mit Rücksicht auf § 226 den § 826 einschränkend auslegen:

Wir sind der Ansicht, dass unter B. G. B. § 826 Rechtsausübungshandlungen überhaupt nicht fallen, oder wenigstens nur dann, wenn die Ausübung des Rechtes unzulässig ist, wann dies der Fall ist, bestimmt § 226 B. G. B.[1]) Wir haben somit durch Heranziehung von § 138 B. G. B. bewiesen, dass aus § 826 B. G. B. eine Pflicht zum Handeln abzuleiten ist. Jede gegen § 826 verstossende Handlung ist daher rechtswidrig, und Notwehr ist gegen eine solche Handlung zulässig. B. G. B. § 826, ebenso wie § 226 sind als Anwendungsfälle der römisch-rechtlichen exceptio doli generalis zu betrachten.[2]) Mit dieser Feststellung sind wir für unser Thema einen erheblichen Schritt weitergekommen, denn gerade aus B. G. B. § 826 wird sich beim Verschweigen als Betrug in sehr vielen Fällen eine Pflicht zur Aufklärung ableiten lassen. Nehmen wir den folgenden Fall als Beispiel an:

Lilienthal S. 887 No. 31, v. Staudinger zweite Auflage, Oertmann zu § 826 No. 3b und in D. J. Z. 1903 S. 325.

1) Vgl. Planck zu § 226 B. G. B. Anderer Ansicht Oertmann a. a. O., R. G. Bd. 58 S. 216, Seuffert Bd. 60 No. 147, Das Recht 1906 No. 1480 S. 620.

2) Vgl. R. G. Bd. 58 S. 356.

Es kommt jemand in ein Bauernhaus und sieht dort, wie die Kinder mit wertvollen alten Münzen spielen. Die Leute haben offenbar keine Ahnung, dass die Münzen einen sehr hohen Wert darstellen. Er fragt, ob sie ihm nicht die Münzen ablassen wollen, er wolle ihnen auch Mk. 3,— dafür geben. Er verschweigt dabei die wahre Tatsache, dass die Münzen viel wertvoller sind, indem er die Absicht hat, wenn die Leute so töricht wären, dann sollten sie auch hereinfallen. Auf diese Weise wird in den Leuten der Irrtum unterhalten und bekräftigt, dass es wirklich nur wertlose Münzen seien, und dass die Leistung des Fremden dem Werte der Münzen gleichkomme. Sie übergeben ihm die Münzen. Dadurch wird ihr Vermögen gemindert und das des Fremden in rechtswidriger Weise vermehrt. Das Kausalitätsurteil fällen wir in der Erwägung, dass ein anderes Handeln des Fremden denkbar war: er konnte die Bauern über ihre Unwissenheit aufklären. Er musste dieses auch tun. Die Aufklärungspflicht ergibt sich klar aus B. G. B. § 826, mag man nun den Begriff gute Sitte in R. Stammlers Sinne oder in dem Sinne „Handlungen gegen die anständige Handlungsweise“ nehmen. Es ist weder im Sinne des richtigen Rechtes, noch „anständig“ von dem Fremden gehandelt, wenn er sich die Unwissenheit und Unkunde anderer Leute eigenmächtig zu Nutze macht.

Aus denselben Gründen kann der sogenannte Raritätenbetrug durch Verschweigen begangen werden.[1])

Es gehört weiter hierher der Fall, wenn ein Angestellter eines Geschäftes zu den Kunden geschickt wird, um Forderungen einzukassieren; der Kunde ist der Meinung, dass er dem Geschäfte noch Mk. 75,— schulde, während er in Wahrheit nur noch Mk. 50,— schuldet. Der Angestellte

---

1) Vgl. Gross a. a. O.; vgl. das Beispiel bei von Liszt Strafrechtsfälle 1902, No. 193. Hierher gehört auch der Fall, wenn ein Professor in Italien echte Bilder eines alten Meisters entdeckt und sie von unerfahrenen Leuten, ohne sie aufzuklären, für ein Spottgeld für sein Museum ankauft. Er begeht einen Betrug durch Verschweigen (§ 263 St. G. B. § 826 B. G. B.).

weiss und verschweigt dieses und behält die Mk. 25,— für sich. Er hat offenbar gegen § 826 B. G. B. verstossen, wenn er sich einseitig ein Versehen des andern zu Nutzen machte.

In allen diesen Fällen wird eine Rechtspflicht aus § 826 B. G. B. abzuleiten sein.

An und für sich würde hierher auch folgendes Beispiel zu zählen sein:

A bestellt bei B 10 Flaschen guten Weines, B liefert ihm denselben. Als nach einiger Zeit B dem A die Rechnung schickt, steht dort aus Versehen eine viel schlechtere Sorte angegeben, statt Mk. 30,—, die A zu bezahlen hätte, fordert B für die minderwertige Sorte nur Mk. 10,—. A merkt sofort das Versehen des B, sagt sich aber, dass B dann auch den Schaden tragen solle, wenn er so schlecht Buch führe. Er schickt ihm nur die geforderten Mk. 10,— und verschweigt ihm dabei, dass er ihm in Wahrheit Mk. 30,— schuldet. A unterdrückt also mit Bewusstsein die wahre Tatsache, dass die Schuld Mk. 30,— beträgt. Keineswegs kann aus dem Bezahlen der Mk. 10,— statt der Mk. 30,— geschlossen werden, dass A aktiv tätig gewesen sei. B's Irrtum, dass A ihm wirklich nur Mk. 10,— schulde, wird auf diese Weise unterhalten und bekräftigt. Das Kausalitätsurteil fällen wir in der Erwägung, dass A die Möglichkeit hatte, ihn über seinen Irrtum aufzuklären. Infolge dieses Irrtums unterlässt es B, die Mk. 30,— von A zu fordern, und er erleidet so einen Vermögensnachteil von Mk. 20,—, während auf der andern Seite A um Mk. 20,— bereichert ist, und zwar in rechtswidriger Weise. Dieser Vermögensvorteil in Höhe von Mk. 20,— war rechtswidrig, da A auf dessen Erlangung keinen rechtlich begründeten Anspruch hatte.[1]) Er musste den andern aber auch aufklären. Eine Pflicht ergibt sich einmal aus § 826 B. G. B. für ihn. Er hat dadurch gegen die guten Sitten verstossen, dass er sich ein Versehen eines anderen eigenmächtig zu Nutzen machte, um sich einen Vorteil, dem andern Schaden zu ver-

1) Vgl. R. G. E. 26, 354.

schaffen. Aber das Verhalten des A enthält zugleich eine Verletzung der durch Vertrag übernommenen Pflichten. Durch den Kaufvertrag übernimmt der Käufer die Pflicht, den vereinbarten Preis zu zahlen. Wie wir unten beweisen werden, ist ein derartiges Verhalten, das eine vertraglich übernommene Verpflichtung verletzt, rechtswidrig. Man kann ein solches Verhalten sowohl mit Rücksicht auf § 826 B. G. B. als auch aus dem Grunde für rechtswidrig erklären, weil einer übernommenen Verpflichtung zuwidergehandelt wurde. Aus methodischen Gründen haben wir dies Beispiel schon hier gebracht, ohne einen Beweis für die Richtigkeit der Ansicht vorläufig vorzubringen, denn gerade die Fälle, in denen ein Vertrag besteht und in denen vertragliche Pflichten verletzt sind, erscheinen vielfach als Anwendungfälle des § 826 B. G. B.

In einigen Lehrbüchern und Kommentaren findet sich weiter die Meinung vertreten,[1]) dass ein arglistiges Verschweigen rechtswidrig sei.

Das arglistige Verschweigen findet sich z. B. in B. G. B. in §§ 443, 460, 463, 523, 540, 600. . . .

Das Gesetz definiert den Begriff arglistig nicht. Es liesse sich die Frage aufwerfen, ob man einen allgemeinen Begriff der Arglist aufstellen kann. Jedenfalls würde dieser Begriff dann nur so zu definieren sein, dass Arglist einen besonders hohen Grad von dolus darstellt. So enthält der Begriff zweifellos eine Widerrechtlichkeit im subjektiven Sinne, aber, wie wir oben gezeigt haben, diese subjektive Widerrechtlichkeit ist scharf von der sogenannten objektiven Widerrechtlichkeit zu scheiden. Ob diese vorhanden ist, das hängt wieder davon ab, ob eine Pflicht zum Reden bestand. Demnach handelt der Verkäufer einer Sache, der einen Mangel arglistig verschweigt, dann widerrechtlich, wenn für für ihn eine Pflicht zum Reden bestand. Diese Pflicht wird meist aus § 826 B. G. B. herzuleiten sein. Aus dem Umstande, dass an den Tatbestand des arglistigen Verschweigens,

1) Vgl. z. B Planck S. 221, Gareis S. 149, Fischer-Henle a. a. O.

z. B. beim Verschweigen von Mängeln einer Kaufsache, eine Pflicht des Verkäufers zur Gewährleistung geknüpft ist, kann noch nicht geschlossen werden, dass der Verkäufer einer ihm obliegenden Verpflichtung entgegen gehandelt hat. Man wird nicht sagen können, dass der Verkäufer durch den Kaufvertrag die Pflicht konkludent übernahm, den Käufer auf Mängel der Kaufsache aufmerksam zu machen. Anders ist es, wenn der Verkäufer ausdrücklich übernommen hatte, den Käufer auf Mängel der Kaufsache aufmerksam zu machen; dann handelt er einer Pflicht zuwider, seine Handlungsweise ist rechtswidrig; diese Pflicht kann auch durch Gesetz dem Verkäufer auferlegt sein: beim Verkauf einer nur der Gattung nach bestimmten Sache besteht diese Verpflichtung zweifellos, denn der Verkäufer hat nach § 243 B. G. B. § 360 H. G. B. eine Sache (Handelsgut) mittlerer Art und Güte zu leisten. Durch diese Bestimmungen ist dem Verkäufer die Verpflichtung auferlegt, den Käufer über Mängel, die die mittlere Art und Güte beeinträchtigen, aufzuklären.

Ebenso ist die arglistige Täuschung des B. G. B. § 123 nur dann objektiv widerrechtlich, wenn eine Pflicht zum Reden bestand.[1])

Ebenso wie mit dem arglistigen Verschweigen, steht es mit dem Verheimlichen. Dieses findet sich im B. G. B. in zwei Stellen, in § 971 Abs. 2 und in § 973 Abs. 2. Auch das Verheimlichen einer Fundsache ist nur dann rechtswidrig, wenn eine Rechtspflicht zum Reden begründet ist. Diese ist aber, ganz abgesehen davon, dass sie meist durch B. G. B. § 826 gegeben ist, auch aus § 965 B. G. B. begründet, denn der Finder ist hiernach verpflichtet, dem Verlierer, Eigentümer oder sonstigen Empfangsberechtigten Anzeige zu machen. § 971 B. G. B. spricht ausdrücklich

---

1) Diese Pflicht wird sich wohl nur durch das „richtige Recht“ begründen lassen.

von der Verletzung einer Anzeigepflicht. Es ist allerdings zu beachten, dass diese Anzeigepflicht nach § 965 Abs. 2 Satz 2 nur für solche Sachen besteht, die mehr als drei Mark wert sind. Nehmen wir folgenden Fall:

A findet einige Sachen, die dem B gehören. Eine von den Sachen gefällt ihm gut, sodass er beschliesst, sie für sich zu behalten. Die andern Sachen gibt er dem B ab und verschweigt ihm, dass er noch eine Sache gefunden habe. Wir meinen, dass er dadurch, dass er beim Zurückgeben der andern Sachen die wahre Tatsache unterdrückt, dass er noch eine andere Sache gefunden hat und so einen Irrtum bei B unterhält, dass er alle verlorenen Sachen wieder erhalten habe, einen Betrug begeht. Die andern Tatbestandsmerkmale des § 263 R. St. G. B. sind gegeben, insbesondere ist eine Vermögensbeschädigung eingetreten, da A durch sein Schweigen vereitelt, dass B die von A gefundene Sache, auf deren Wiedererlangung B einen Rechtsanspruch hat, wieder erhält. Die Rechtswidrigkeit des Verschweigens ergibt sich aus B. G. B. § 965 (evtl. 826). Es könnte weiter in Frage stehen, ob nicht A auch eine Unterschlagung begeht. Auf diesen letzten Punkt muss noch näher eingegangen werden. Die Unterschlagung durch ein Verheimlichen würde auch im Wege der Kommissivdelikte durch Unterlassung zu konstruieren sein.

Der Finder verheimlicht den Fund auf Nachfrage. Eine aus § 965 B. G. B. abgeleitete Rechtspflicht zum Reden bestand für ihn. Diese verletzt er dadurch, dass er schweigt. Aus diesem Schweigen würden wir aber zu dem Schlusse berechtigt sein, dass er die Absicht hat, sich die Sache rechtswidrig anzueignen.[1]) Er enthält also die Sache dadurch, dass er schweigt, dem Berechtigten vor, indem er die Absicht hat, sie sich anzueignen. Wenn er nun die Sache, in deren Besitz er durch das Finden gekommen ist, und in deren Besitz er sich durch den Betrug

1) Vgl. Olshausen zu § 246, 17.

erhält, sich rechtswidrig zueignet, dann begeht er eine Unterschlagung. Betrug und Unterschlagung konkurrieren also real. Die blosse Vorenthaltung ist noch keine Zueignung, sie enthält nur ein Indiz der Zueignungsabsicht.

Die Ansicht, dass im vorliegenden Falle Betrug mit Unterschlagung in Realkonkurrenz treten könne, vertritt Olshausen.[1])

Fassen wir das bisher Gesagte zusammen, so haben wir zu beweisen gesucht, dass das Verschweigen rechtswidrig ist, wenn eine im Gesetz ausdrücklich aufgestellte Pflicht zum Reden vorliegt. Diese Pflicht kann, wie wir gesehen haben, einmal durch spezielle Normen im Gesetz ausgesprochen sein oder sie kann generell begründet sein, dadurch, dass das Gesetz ein bestimmtes Handeln als rechtswidrig bezeichnet hat. Dies ist besonders in B. G. B. § 826 geschehen. Keinesfalls kann daraus, dass ein Verhalten subjektiv rechtswidrig ist, — z. B. arglistig — darauf geschlossen werden, dass es auch objektiv rechtswidrig ist. Es ist vielmehr in diesem Falle zurückzugehen, ob eine bestimmt oder nur allgemein im Gesetze aufgestellte Verpflichtung zum Reden bestand.

Diese Pflicht zum Reden kann aber auch stillschweigend im Gesetz begründet sein. Das Gesetz hat die Pflicht stillschweigend vorausgesetzt und würde mit sich selbst in Widerspruch geraten, wenn es ein Zuwiderhandeln nicht verböte. Wir denken dabei z. B. an die Pflichten, die sich aus einer amtlichen Stellung ergeben. Das Gesetz hat das Amt geschaffen. Es geht dabei von der Voraussetzung aus, dass derjenige, der ein solches Amt bekleidet, es auch in seinem Sinne verwalten wird. Es ist, um hier eine Pflichtwidrigkeit zu konstruieren, immer darauf zurückzugehen: Was bezweckte der Gesetzgeber, wenn er dieses Amt schuf?

1) Zu § 263 No. 56 II α.

Ein Anwalt bekommt von einer Partei den Auftrag, sie in einem Prozesse zu vertreten. Er übersieht die ganze Sache und merkt, dass es ganz ausgeschlossen ist, dass sein Mandant den Prozess gewinnen kann. Er verschweigt jedoch dies seinem Mandanten, weil er die Absicht hat, dabei zu verdienen; wir meinen, dass für ihn eine im Gesetz begründete Verpflichtung bestand, seinem Mandanten die Aussichtslosigkeit des Prozesses vor Augen zu führen. Erst dann, wenn dieser darauf besteht, kann er die Vertretung übernehmen. Es mag dahingestellt bleiben, ob auch aus B. G. B. § 826 eine Verpflichtung für ihn zum Reden bestanden hat.

Jedenfalls ist diese Pflicht auch sonst durch das Gesetz stillschweigend begründet:

Der Gesetzgeber hat das Amt eines Anwalts geschaffen, um dem Publikum die Möglichkeit zu geben, sich in Rechtsfragen eines tüchtigen und zuverlässigen Beraters zu bedienen. Es ist dabei der Wille des Gesetzgebers gewesen, dass das Publikum gewissenhaft beraten werde. Folglich sind alle Handlungen des Anwalts, die gegen die Gewissenhaftigkeit vorstossen, verboten; denn das Gesetz würde mit sich selbst in Widerspruch geraten, wenn es gewissenlose Handlungen von Personen, die von ihm geschaffene amtliche Stellung einnehmen, nicht verböte. Das Gesetz erlaubt nicht nur diese Handlung nicht, es verbietet sie sogar. Die Handlung des Anwalts ist unter Anwendung der oben entwickelten Begriffe ohne Zweifel gewissenlos, da sie auf Ausbeutung und Missbrauchen des Klienten gerichtet ist. Wenn der Anwalt schweigt und die wahre Tatsache unterdrückt, dass er von der Aussichtslosigkeit des Rechtsstreits überzeugt ist, dann ist sein Verschweigen also rechtswidrig.

Es läge nahe, hier beim Betruge auf die Frage einzugehen, ob der Beamte, oder die Amtsperson, die verschweigen, dass ihnen Gebühren nicht zustehen, einen Betrug begehen. Wenn eine andere Person ihr nicht zustehende Gebühren erhebt, dann begeht sie einen Betrug. Im vor-

liegenden Falle halten wir eine Idealkonkurrenz des § 352 St. G. B. mit § 263 für nicht möglich und zwar aus folgenden Gründen: § 352 R. St. G. B. bildet einen Spezialfall. Nach richtiger Ansicht[1]) kann deshalb nur ein Betrug begangen werden, wenn ausser der in der Gebührenüberforderung an sich schon liegenden Täuschung noch eine andere unterläuft, z. B. die Gebühr für eine gar nicht geleistete Tätigkeit gefordert wird. Dies ist aber eine aktive Täuschungshandlung, kein Kommissivdelikt durch Unterlassung. § 352 R. St. G. B. und ein Betrug durch Verschweigen können also daher nicht in Idealkonkurrenz stehen.

Bei der Eigenart des Betruges lassen sich Beispiele für die letzte Ansicht nur in verschwindend geringer Anzahl bilden. Es mag genügen, aus diesen angeführten Fällen, wo aus einer amtlichen oder beruflichen Stellung eine Rechtspflicht im Gesetz stillschweigend begründet erscheint, die Reihe zu schliessen.

2. Die Rechtswidrigkeit des Vertragsbruches.

Dieses letzte Beispiel von dem Beamten, der pflichtwidrig die Befolgung der für das Amt gegebenen Vorschriften unterlässt, könnte zu der Frage führen, begeht nicht der Beamte auch dadurch eine Pflichtwidrigkeit, dass er die mit dem Staat durch sein Beamtenverhältnis übernommenen Pflichten zu erfüllen unterlässt? Für die Beantwortung dieser Frage ist ein Zwiefaches zu untersuchen: Einmal, enthält der Vertragsbruch eine Rechtswidrigkeit? zweitens, bildet die Übernahme eines Amtes durch einen Beamten einen Vertrag zwischen ihm und dem Staate?

Auf den ersten Blick erscheint es als etwas Selbstverständliches, dass ein Vertragsschluss eine Pflicht zum

1) Vgl. darüber Frank zu § 352 II 4, Olshausen zu § 352 No. 7 R. G. E. 18, 219.

Handeln erzeugt. Vergegenwärtigen wir uns dies an einigen Beispielen:

Ein Arzt hat sich verpflichtet, einen Kranken zu heilen, er nimmt eine Operation vor und mitten in derselben erklärt er, vom Vertrage zurücktreten zu wollen. Da keine Hilfe in der Nähe ist, stirbt der Kranke. Ein Wächter sieht, wie ein Dieb in das Haus einsteigt, er unterlässt die Hinderung.

Wird nicht der Arzt für den Tod des Kranken verantwortlich gemacht werden? Wird man nicht sagen, dass der Wächter als Gehilfe des Diebes erscheint? Beides lediglich aus dem Gesichtspunkte heraus, dass sie übernommenen Verpflichtungen entgegengehandelt haben. Und weiter, die Mutter unterlässt die Ernährung und Wartung ihres Kindes. Sie handelt rechtswidrig,[1]) weil diese Pflicht ausdrücklich im Gesetze aufgestellt ist. Wenn sie diese Pflicht aber nun bloss vertraglich übernommen hat, beispielsweise, wenn sie das Kind angenommen hat? Soll sie im ersten Falle anders behandelt werden wie im zweiten? Das Rechtsgefühl des Volkes — wenn es erlaubt ist, diesen Ausdruck zu gebrauchen — behandelt beide Fälle gleich. Man sagt, ja, sie hatten doch diese Pflicht übernommen, folglich müssen sie bestraft werden.

Die ältere Rechtswissenschaft[2]) ging von dem Standpunkte aus, dass ein Vertragsbruch nicht rechtswidrig sei, freilich verwechselte man, wie die Begründung ihrer Anschauung zeigt, die Strafbarkeit des Vertragsbruches mit seiner Rechtswidrigkeit.[3]) Eine Handlung ist aber, wie wir oben gezeigt haben, auch rechtswidrig, ohne dass der Staat die Strafe als Folge der Handlung eintreten lässt.

Die neuere Literatur steht auch durchgängig auf dem Standpunkte, dass ein Vertragsbruch rechtswidrig sei, freilich meist ohne jede nähere Begründung,[4]) oder in der Einzel-

1) Vgl. Landsberg S. 250 ff.
2) Vgl. Landsberg a. a. O.
3) Vgl. die bei Landsberg S. 249 angegebenen Autoren.
4) So v. Bar S. 91 ff.

konstruktion inhaltlich verschieden. Wir haben auf S. 69 einige dieser Theorien aufgeführt und dabei dargelegt, dass uns als die einzig inhaltlich begründete Konstruktion die Methode des richtigen Rechtes erscheint.

Diese Methode, durch Zurückgehen auf den Grundgedanken des Rechts die Notwendigkeit des rechtlichen Vertrages zu beweisen, ist so zwingend, dass es für uns keinem Bedenken unterliegen kann, für das Strafrecht aus einem Vertrage eine Pflicht zum Handeln abzuleiten trotz einiger bedenklicher Konsequenzen: Denn, wenn man einen Vertragsbruch als rechtswidrig betrachtet, dann ergibt sich von selbst die Forderung, dass wir damit auch die Lehre von Geschäfts- und Handlungsfähigkeit, Konsens, Irrtum . . . mit übernehmen müssen. Wir fühlen es Landsberg nach, wenn er dies Ergebnis als bedenklich und unerfreulich empfindet. Es lässt sich nicht leugnen, dass die Lehre die bedenklichsten Konsequenzen hat: z. B. A begeht ein Kommissivdelikt durch Unterlassung. Die Pflicht zum Handeln ist durch einen Vertrag begründet. Er verletzt diese Pflicht dadurch, dass er es unterlässt, dem Vertrage gemäss zu handeln. Er wäre zu bestrafen. Nun aber, wenn er 19 Jahre alt ist und diesen ihn verpflichtenden Vertrag ohne Genehmigung des gesetzlichen Vertreters geschlossen hat? Obwohl er im Sinne des Strafgesetzbuches voll strafmündig ist, kann er nicht bestraft werden. Freilich sind, wie wir oben gezeigt haben, die Konsequenzen, die sich aus der Gegenansicht ergeben, vielleicht noch ungeheuerlicher.

Es ist aus diesem Gesichtspunkte heraus zu verstehen, dass von vielen Autoren — wie wir in Teil III bei der Behandlung der Frage nach der Kausalität der Unterlassung gesehen haben — immer die übernommene Pflicht, die Garantieübernahme, die Vertragsverletzung als kausierendes Moment angesehen wurde, um eine Strafbarkeit zu begründen.

Im Hinblick auf das geltende Recht vermögen wir aber nicht anders, als den Vertragsbruch für rechtswidrig

zu erklären. Freilich können wir uns nicht Merkels[1]) Ansicht anschliessen, der eine Rechtswidrigkeit des Vertragsbruches auf die Weise zu erklären sucht, dass ein Vertragsverhältnis eine Rechtspflicht zum Handeln erzeugt, und dass diese wiederum der Grund der Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Unterlassenden sei; so enthalte der Vertrag eine Rechtspflicht zum Handeln.[2]) Wir vermissen in dieser im Ergebnis gewiss richtigen Lehre die Angabe, warum der Vertrag eine Rechtspflicht zum Handeln erzeugt.

Ebensowenig erscheint uns die Theorie Landsbergs annehmbar, dass der staatliche Wille die fesselnde Macht beim Vertrage sei.[3])

Eine Brücke zu der von uns vertretenen Anschauung, dass der Vertragsbruch rechtswidrig sei, bildet die sogenannte Verkehrstheorie mit ihrer These: „Der Vertrag muss binden, weil sonst die menschliche Gesellschaft und ihr Verkehr nicht möglich wäre."

Die Beantwortung der Frage, inwieweit die Rechtsordnung eine unter den Vertragschliessenden getroffene Verständigung und Verabredung anerkennen und mit rechtlichen Mitteln nötigenfalls durchführen soll, der Begriff des rechtlichen Vertrages und die Frage nach seiner Anerkennung hängt eng mit dem Begriffe des Rechtes zusammen.

Im Anschluss an R. Stammler[4]) gehen wir auf den Grundgedanken des Rechtes zurück. Wenn wir mit ihm die Frage nach dem Grundgedanken des Rechtes dahin beantwortet haben, dass das Recht eine Gemeinschaft freiwollender Menschen schaffen will, dass der Gemeinschaftsgedanke das Recht durchwebt, dann kann es für uns nur eine Antwort auf die Frage geben: Der Vertragsbruch ist rechtswidrig. Es ist wider den Gedanken des Rechtes und

1) Jur. Diss. Göttingen 1895 S. 33 ff.

2) Ebenso wie Merkel auch Ortmann a. a. O.

3) S. 250 ff.

4) Vgl. Die Lehre vom richtigen Rechte und Artikel, Vertrag in Handw. d. Staatswissenschaften Bd. 7.

darum vom Recht missbilligt und verboten, wenn ich vom Vertrage zurücktrete. Es kann vom Rechte nicht geduldet sein, dass ich einseitig, nachdem ich mich gebunden habe, den Vertrag löse. Das ist nicht gemeinschaftlich gehandelt. Wir sind also zu der Annahme berechtigt, dass das Recht ein derartiges Handeln verbietet, da es gegen seinen Grundgedanken verstösst. Mithin ist der Vertragsbruch widerrechtlich, das Recht erkennt die vertragsmässige Bindung der Vertragsschliessenden an, es entsteht so für die Gebundenen eine vom Rechte geschützte Pflicht zum Handeln; unterlasse ich dieser Pflicht zuwider ein Tun, dann ist meine Unterlassung rechtswidrig. In manchen Fällen wird diese Pflicht auch schon durch B. G. B. § 826 begründet sein, aber es gibt natürlich Fälle, wo nur die Rechtswidrigkeit des Vertragsbruches und nicht die aus B. G. B. § 826 gegeben ist. Es ist unseres Erachtens gleichgültig, ob man auf die Rechtswidrigkeit des Vertragsbruches oder auf die des § 826 B. G. B. zurückgreifen will, ebenso wie bei Klagenkonkurrenz in diesem Sinne nach richtiger Ansicht die „elektive“ oder besser „Idealkonkurrenz“ anzunehmen ist,[1]) da es sich um mehrere Ansprüche handelt, die von Anfang an existieren und sich nur im Entstehungsgrunde, möglicher Weise auch hinsichtlich der Fälligkeit, Verjährung, unterscheiden.

Die Anwendungsfälle der eben entwickelten Grundsätze auf den Tatbestand des Verschweigens leuchten ein:

Man braucht nur an die oben angegebenen Fälle der gesetzlich bestimmten Auskunftspflicht zu denken und diese dann in eine durch Vertrag übernommene Auskunftspflicht überzuleiten.

Ferner gehören hierher Beispiele, in denen eine vertragliche Gebundenheit zur Leistung wie im oben erörterten Sinne anzunehmen ist.

1) Langheineken: Anspruch und Einrede 1903 S. 140.

Es gehören ferner hierher bestimmte durch Auftrag verpflichtete Personenklassen.[1])

Von diesen Fällen, in denen eine Pflicht ausdrücklich übernommen ist, ist nur ein kleiner Schritt zu den Fällen, in denen eine Pflicht konkludent übernommen ist, denn nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen kann eine Verpflichtung auch durch konkludentes Handeln begründet werden.

Es würde hierher der Fall gehören, wenn A mit dem Vertreter einer Lebensversicherungsgesellschaft einen Vertrag abschliessen will. Er weiss ganz genau, dass dieser nicht mit ihm kontrahieren würde, wenn er erführe, dass er erblich belastet ist. Er verschweigt diese Tatsache dem Vertreter, und dieser schliesst mit ihm auf Grund seiner Angaben einen Vertrag ab. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass A bei Eingehung der Versicherung konkludent die Verpflichtung übernahm — insbesondere da der Versicherungsvertrag lediglich auf Grund seiner eigenen Angaben abgeschlossen wurde — nichts, was der Eingehung der Versicherung entgegenstehen würde, zu verschweigen. Freilich — und deshalb erscheint das Beispiel hier nicht anwendbar — nach richtiger Auffassung ist hier eine Vermögensbeschädigung der Gesellschaft nicht eingetreten.

Dagegen würde hier einzubeziehen sein, dass A und B einen Gesellschaftsvertrag geschlossen haben.[2]) A schliesst mit C ein vorteilhaftes Geschäft ab und verschweigt den Abschluss des Geschäftes dem B, um den Vorteil desselben allein zu geniessen. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass er pflichtwidrig gehandelt hat, weil er bei Eingehung des Gesellschaftsvertrages stillschweigend die Pflicht übernommen hatte, den B über alle Geschäftsabschlüsse aufzuklären.[3])

---

1) Vgl. die Gesetzesstellen bei Finger S. 291, es ist allerdings im einzelnen zu prüfen, ob Idealkonkurrenz mit § 263 möglich ist.

2) Vgl. auch R. St. G. B. § 266, 3 in Idealkonkurrenz mit § 263.

3) Ähnlich auch R. G. 34, 181/86, „entgegen seiner Pflicht als Beamter der Bank".

Weiter könnten unter die pflichtwidrige Verletzung von Vertragspflichten die Fälle einzubeziehen sein — sei es nun ausdrückliche oder stillschweigende Übernahme — in denen ein Beamter etwas unterlässt.[1]) Sie können jedoch auch, wie wir es getan haben, als Fälle der Verletzung der durch Gesetz stillschweigend vorausgesetzten und so aufgestellten Pflichten angesehen werden. Vom methodischen Standpunkte ist gegen beides nichts einzuwenden. Das Beamtenverhältnis steht der Auffassung, dass ein Vertrag vorliege, nicht entgegen, denn nach richtiger Ansicht ist es zustande gekommen durch einen Vertrag zwischen dem Staat und dem Beamten, nicht durch einen einseitigen Staatsakt. Mit vorstehenden Ausführungen vertreten wir im Anschluss an Laband die der herrschenden Ansicht entgegengesetzte Meinung. Laband führt zutreffend aus,[2]) dass die herrschende Meinung nicht genügend scheide zwischen der Übernahme eines Amtes auf Grund der Staatsuntertänigkeit — Amt des Vormundes, gewisse Ämter der Selbstverwaltung — und der Übernahme eines Staatsamtes auf Grund des Eintritts in den Staatsdienst. Die erstere erfolge unfreiwillig, d. h. ohne Notwendigkeit der Zustimmung, die letztere freiwillig, d. h. auf Grund eines Vertrages.

Diese beiden Arten der Pflichtverletzung, der Pflichten, die durch Gesetz aufgestellt und die durch Vertrag übernommen sind, bilden die Hauptanwendungsfälle, aus denen auf eine Pflichtverletzung beim Verschweigen als Betrug zu schliessen ist. In der Mitte zwischen beiden stehen die Fälle, in denen aus einer amtlichen Stellung, Beruf heraus eine Pflichtverletzung konstruiert wird. Man kann hier sowohl eine Verletzung vertraglicher Pflichten annehmen als auch eine Verletzung stillschweigend bei Schaffung des Amtes vorausgesetzter Pflichten. Vom methodischen Standpunkte aus ist gegen beides nichts einzuwenden.

1) Vgl. die oben angeführten Beispiele.

2) Vgl. des Näheren Laband, Staatsrecht I S. 412, wie er, so auch Seydel, Jellinek. Vgl. auch Anschütz in H. H. S. 589.

3. Das vorausgegangene schuldlose Handeln als Quelle der Rechtspflicht zu weiterer Tätigkeit.

In der Lehre über die Rechtswidrigkeit der Unterlassung wird in Theorie und Praxis noch die Ansicht vertreten, dass ein schuldloses Handeln Quelle der Rechtspflicht zu weiterer Tätigkeit sei, wenn sich aus dieser Tätigkeit eine Verletzung eines Rechtsgutes zu entwickeln drohe. Die Unterlassung der Hemmung dieser Tätigkeit sei rechtswidrig.

Aus zwei Gründen halten wir es für unnötig, auf diese Lehre noch einzugehen. Die herrschende Meinung[1]) und auch die Praxis[2]) sind darin einig.

Die Begründung, die z. B. Ziebarth[3]) und Meyer[4]) geben, ist so einleuchtend, dass es einer Klarlegung nicht weiter bedarf:

Das Recht gestattet ein positives Eingreifen in den Gang der Ereignisse eben nur unter der Bedingung, dass es nicht beliebig abgebrochen, sondern bis zu Ende durchgeführt werden muss. Wenn das menschliche Zusammenleben eine weitere Tätigkeit erfordert und diese unterlassen wird, dann ist die Unterlassung rechtswidrig.

In kasuistischer Beziehung wird man jedoch Beispiele für das Verschweigen als Betrug nicht bilden können.

Wir haben diese Lehre nur der Vollständigkeit halber erwähnt.

---

1) Anderer Ansicht Landsberg, Sturm, Merkel, Ortmann.
2) z. B. R. G. 24, 339.
3) III S. 339.
4) S. 243.

Lebenslauf.

Am 17. Januar 1884 bin ich, Hermann Bernhard Felix Werner Kuessner, in Halle a. S. geboren. Ich bin evangelisch. Meine Eltern sind der verstorbene Universitätsprofessor Dr. med. Bernhard Kuessner und seine Ehefrau, Antonie, geborene Steppuhn.

Durch Privatunterricht vorgebildet und nach 5 jährigem Besuch der Vorschule und des Stadtgymnasiums zu Halle a. S. wurde ich Ostern 1897 in die Königliche Landesschule Pforta aufgenommen. Zu besonderem Danke bin ich meinen Lehrern, dem rector Portensis Herrn Geh. Regierungsrat Professor Dr. Muff und den Herren Professoren Pahncke und Dr. Kettner verpflichtet.

Nach bestandener Reifeprüfung, Ostern 1903, verliess ich Pforta, um Rechts- und Staatswissenschaften zu studieren. Ich besuchte die Universitäten Königsberg und Halle a. S.

Am 26. November 1906 bestand ich vor dem Königlichen Oberlandesgericht Naumburg die erste juristische Prüfung und wurde am 3. Dezember 1906 als Referendar angestellt und dem Königl. Amtsgericht Bitterfeld überwiesen.

Am 3. September 1907 wurde ich an das Landgericht Halle, an dem ich noch jetzt beschäftigt bin, versetzt.

Vom 1. Oktober 1907 bis 1. Oktober 1908 genügte ich meiner Militärpflicht.

Das Rigorosum bestand ich am 27. März 1909.

Allen meinen hochverehrten Herren Lehrern, insbesondere der Herren Geh. Justizrat Prof. Dr. von Brünneck, Geh. Justizrat Prof. Dr. Loening, Geh. Justizrat Prof. Dr.

Stammler, bin ich für die reiche wissenschaftliche Förderung und für die im persönlichen Verkehr gewonnene Anregung dauernden Dank schuldig.

Insbesondere drängt es mich, Herrn Geh. Justizrat Professor Dr. Finger an dieser Stelle für das mir bei dieser Arbeit bewiesene wohlwollende Interesse ehrerbietigst zu danken.

Thesen.

I.

Ein Schmerzensgeld gemäss § 847 B. G. B. kann nicht eine Person fordern, die in einer Gastwirtschaft durch die mangelhafte Beschaffenheit der Wirtschaftsräumlichkeiten zu Schaden gekommen ist.

II.

Die Zahlung des Betrages einer Geldstrafe an den Verurteilten kann als Begünstigung strafbar sein.

III.

Die Vollziehung der Wandlung ist kein Vertrag.

IV.

Rechtswidriger Angriff im Sinne des § 53 St. G. B. ist nur der schuldhafte Angriff.

V.

Bei der Draufgabe erwirbt der Empfänger Eigentum am Gegenstand der Draufgabe.

VI.

Das Ausfüllungsrecht beim Blanko-Akzept ist übertragbar.

VII.

Eine eidesunmündige Person kann einen Meineid leisten.